

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAMON GRENTESKI OUAIS SANTOS

A TÉCNICA DA DISTINÇÃO E OS LIMITES DA AUTORIDADE VERTICAL DOS
PRECEDENTES

CURITIBA

2018

RAMON GRENTESKI OUAIS SANTOS

A TÉCNICA DA DISTINÇÃO E OS LIMITES DA AUTORIDADE VERTICAL DOS
PRECEDENTES

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Titular Dr. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA

2018

S237t

Santos, Ramon Grenteski Ouais

A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes / Ramon Grenteski Ouais Santos; orientador: Luiz Guilherme Marinoni. – Curitiba, 2018.

146 p.

Bibliografia: p. 138-146.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2018.

1. Precedentes judiciais. 2. Processo civil. I. Marinoni, Luiz Guilherme. II. Título.

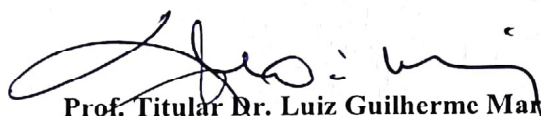
CDU 347.91

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**

TERMO DE APROVAÇÃO

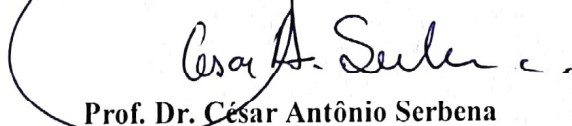
RAMON GRENTESKI OUAIS SANTOS

A TÉCNICA DA DISTINÇÃO E OS LIMITES DA AUTORIDADE VERTICAL DOS
PRECEDENTES



Prof. Titular Dr. Luiz Guilherme Marinoni

Orientador



Prof. Dr. César Antônio Serbena

Avaliador



Prof. Dr. William Soares Pugliese

Avaliador

Curitiba, 23 de março de 2018

À Jana e aos meus pais, com todo meu amor.

AGRADECIMENTOS

Um longo trabalho raramente é resultado de uma única mente. As conclusões do excelente curso de Mestrado da Universidade Federal do Paraná e desta dissertação decorrem de muita ajuda, encorajamento, compreensão e troca de ideias.

Por isso, em primeiro lugar, agradeço à minha família, especialmente à minha esposa, aos meus pais, sogros, irmãos, sobrinho e cunhados, pela compreensão da ausência e de momentos reclusos.

Agradeço ao Professor Marinoni, não só pela vasta obra que guiou os meus estudos, mas sobretudo pela orientação e pelo encorajamento para enfrentar o tema pelo foco da autoridade vertical e do *distinguishing*, algo nem sempre aprofundado pela doutrina.

Agradeço aos professores César Antônio Serbena e William Pugliese, que não só aceitaram integrar a Banca de defesa da dissertação, bem como indicaram textos relevantes para o trabalho.

Tenho de agradecer, com prioridade, a duas pessoas que me ajudaram bastante na revisão do trabalho. Eduardo Castro, estimado amigo da Procuradoria Geral, e Ricardo Siqueira, uma das grandes amizades que o próprio mestrado me deu. Sou muito grato pela paciência de ler múltiplas versões do texto, pelas observações perspicazes e pelas generosas disponibilidades, ainda mais quando 2017 agraciou a ambos com a dádiva da paternidade.

Aos meus amigos da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, agradeço as interlocuções, as indagações, as provocações, os debates e as sugestões. Mesmo correndo o risco de cometer uma injustiça por omissão, sou grato expressamente a Diogo Cordeiro, pelas conversas sobre realismo jurídico e a Guilherme Soares e a Vinicius Klein, pelos papos sobre positivismo jurídico e sobre Dworkin. Agradeço também ao ex-colega e amigo Eron Freire dos Santos, que, mesmo sem participar (ainda) dos círculos acadêmicos, sempre faz provocações interessantes à luz daquilo que as cortes realmente fazem. Agradeço a Aline Faglioni, pela leitura e pelos comentários entusiasmados. Sou grato também a Demétrio, a Leonardo e a Vitão, que, em pleno carnaval em Pipa, dispuseram-se a escutar minhas inquietações sobre precedentes. De igual sorte, agradeço a Priscila Stela a leitura e a contribuição na pesquisa. Por fim, não posso deixar de mencionar Fernando Castelo e Júlio Aveiro, que, além de amigos da PGE, tornaram, desde a seleção, esse árduo caminho mais leve.

Sou extremamente grato a Mauro Sérgio Rocha, amigo que a vida profissional me trouxe, a quem ainda devo um agradável café. Em nossos breves encontros, sempre pude aprender algo novo e obter uma avaliação ponderada das minhas ideias.

Novamente correndo o risco de alguma omissão, sou muito grato à Paula Pessoa, a estudante mais famosa e querida da UFPR, que me deu grande força para entrar no programa, e a Ricardo Alexandre, pelo apoio e pelas dicas durante o curso. Agradeço aos colegas Paulo Mazini, Maurício Doutor, Shalom Baltazar e Ricardo Menezes. Ao também colega Bruno Picoli, agradeço as gentis trocas de e-mail e os instigantes debates, que sempre abriram meus horizontes para novas questões. A Rene Chiquetti, que, sem ter sido meu colega em qualquer disciplina, tornou-se um estimado amigo, de quem ouvi impressionantes lições sobre filosofia e teoria do direito. Agradeço também aos amigos Diego Cabús, Carlos Gabriel, Eduardo Afonso, Manoel Bonfim e Tiago Santana, companheiros da graduação do curso de direito em Salvador.

Sou imensamente grato aos professores das disciplinas que cursei no mestrado. Ao professor Clèmerson Clève, que, além de suas aulas geniais, contribuiu com a indicação do texto de Owen Fiss sobre objetividade e interpretação. Ao professor Sérgio Arenhart, em disciplina ministrada juntamente com o professor Marinoni, pelo aprendizado sobre *collateral estoppel* e suas relações com precedentes. Ao professor Fabricio Tomio, por apresentar o relevante e ao mesmo tempo perturbador ângulo da ciência política. Ao professor Eduardo Talamini, cuja disciplina foi essencial para compreender o que significa vincular, bem como para perceber que a coisa julgada – o que é muito valioso para os precedentes – existe justamente porque juízes erram. Ao professor Luís Fernando Lopes Pereira, agradeço porque sua disciplina foi indispensável para o aprimoramento do projeto de pesquisa. Por fim, mas não menos importante, sou grato ao professor Sérgio Staut, que forneceu as bases de uma teoria do direito conectada à história, o que foi fundamental para compreender o *common law*.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma descrição teórica – afinada com a teoria do direito – de como precedentes estabelecidos por cortes superiores controlam as decisões de cortes hierarquicamente vinculadas em casos semelhantes. Além de buscar uma conformação teórica para o fenômeno, apresenta preocupações normativas sobre os limites da autoridade vertical e sobre os limites da técnica de distinguir precedentes. A indagação central reside na relação entre autoridade do precedente e o *distinguishing*. Isso porque a técnica da distinção, ao contrário do que se poderia supor, não consiste simplesmente em constatar a não-incidência da regra do precedente ao caso subsequente similar. Em verdade, o *distinguishing* reflete uma técnica de colaboração entre juízos de diferentes instâncias no desenvolvimento do direito. Assim, o principal objetivo é explicar como precedentes podem obrigar futuros julgadores e, ainda assim, fornecer a flexibilidade necessária para não engessar o desenvolvimento do direito.

Palavras-chave: precedentes; autoridade; distinção.

ABSTRACT

This research aims to present a theoretical description - in accordance with jurisprudence studies - of how precedents established by superior courts control the decisions of constraint courts in similar cases. In addition to seeking a theoretical conformation for the phenomenon, it presents normative concerns about the limits of vertical authority and the limits of the power to distinguish precedents. The central question lies in the relation between authority of precedent and distinguishing. The power to distinguish, contrary to what might be supposed, does not simply entails the non-incidence of the rule of precedent to the similar subsequent case. In fact, distinguishing reflects a technique of collaboration between judges in law's development. Thus, the main objective is to explain how precedents can compel future judges and still provide the necessary flexibility to enable on the development of law.

Keywords: precedent; authority; distinguishing.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	O PACTO INTERTEMPORAL ENTRE JUÍZES.....	14
1.1	NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	14
1.2	JURISDIÇÃO E IDEOLOGIA NO <i>CIVIL LAW</i>	14
1.2.1	A ideologia da completude da lei.....	15
1.2.2	Subvalorização da autoridade da justificação.....	17
1.3.	Estrutura formal do argumento por precedentes.....	21
1.4	A doutrina do <i>stare decisis</i>	23
1.4.1	<i>Stare decisis</i> e a autoridade das razões.....	23
1.4.2	Os principais debates sobre o <i>stare decisis</i> na Inglaterra e nos Estados Unidos.....	26
1.5	CONCEITOS OPERACIONAIS.....	28
1.5.1	Distinção entre <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	28
1.5.2	SOBRE A <i>RATIO DECIDENDI</i>	29
1.5.2.1	A teoria da <i>ratio decidendi</i> de Arthur Goodhart.....	29
1.5.2.2	<i>Ratio decidendi</i> como razões necessárias e suficientes.....	33
1.5.2.3	<i>Ratio decidendi</i> e decisões plurais.....	34
1.5.3	Sobre o <i>obiter dictum</i>	37
1.5.4	<i>Overruling</i> ou superação do precedente.....	37
1.5.5	<i>Distinguishing</i> ou técnica da distinção.....	40
1.6	JURISPRUDÊNCIA, SÚMULAS E PRECEDENTES.....	41
1.7	O PACTO INTERTEMPORAL.....	44
2	PRECEDENTES, INTERPRETAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE	47
2.1	NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	47
2.2	HART E A DISCRICIONARIEDADE.....	47
2.2.1	A textura aberta do direito.....	48
2.3	A CRÍTICA DE RONALD DWORKIN.....	52
2.3.1	Princípios jurídicos e discricionariedade em <i>Levando os direitos a sério</i>	52
2.3.2	Os desacordos teóricos em <i>O Império do Direito</i>	55
2.4	O BALANÇO DO DEBATE HART E DWORKIN.....	60
2.4.1	O problema da interpretação no positivismo jurídico.....	60
2.4.2	Discricionariedade: ela existe, afinal?.....	65
2.4.2.1	Um breve registro da discricionariedade à luz da distinção entre texto e norma.....	66
2.5	O DIREITO COMO EMPREENDIMENTO COLETIVO.....	67

3	MODELOS TEÓRICOS DE AUTORIDADE DOS PRECEDENTES	73
3.1	Notas introdutórias	73
3.2	O significado da autoridade	73
3.3	Os modelos teóricos de constrangimento por precedentes	76
3.3.1	Os modelos de constrangimento delineados por Larry Alexander	76
3.3.1.1	O modelo natural	76
3.3.1.2	O <i>rule model</i> ou modelo das regras entrincheiradas	77
3.3.1.3	O <i>result model</i>	78
3.3.2	Uma reformulação: os modelos do <i>rule model</i> e do <i>reason model</i>	79
3.4	O <i>rule model</i> na versão de Frederick Schauer	80
3.4.1	O entrincheiramento e a derrotabilidade	82
3.4.2	A autoridade vertical dos precedentes e o <i>distinguishing</i>	84
3.5	O <i>reason model</i> de Grant Lamond	86
3.6	O <i>reason model</i> de Neil Duxbury	88
3.7	A doutrina brasileira dos precedentes judiciais	89
3.7.1	O funcionamento básico do modelo brasileiro	90
3.7.1.1	1ª característica: a <i>ratio decidendi</i> como tese relativamente abstrata	90
3.7.1.2	2ª característica: procedimentos formais especificados em lei	93
3.7.1.3	3ª característica: o <i>distinguishing</i> como técnica de simples não-incidência	97
3.7.2	A tese das Cortes Supremas	98
4	A TÉCNICA DA DISTINÇÃO E OS LIMITES DA AUTORIDADE VERTICAL DOS PRECEDENTES.....	103
4.1	NOTAS INTRODUTÓRIAS	103
4.2	AS CARACTERÍSTICAS DA AUTORIDADE DO PRECEDENTE	103
4.2.1	A dimensão de regras específicas e não entrincheiradas	103
4.2.2	Justificações universalizáveis	108
4.2.3	A plasticidade dos precedentes	112
4.3	O poder de <i>distinguishing</i>	117
4.3.1	Duas concepções iniciais de <i>distinguishing</i>	118
4.3.2	O <i>distinguishing</i> restritivo	120
4.3.2.1	A comparação entre casos	120
4.3.2.2	Limites formais ao poder de distinguir	123
4.3.2.3	Limites argumentativos ao poder de <i>distinguishing</i>	124
4.3.2.3.1	A relação entre <i>ratio</i> e <i>dictum</i>	124
4.3.2.3.2	A argumentação <i>a fortiori</i>	127

4.3.3	<i>Distinguishing</i> como reinterpretação da <i>ratio</i>	129
4.3.4	<i>Distinguishing</i> por argumento?.....	132
	CONCLUSÕES	135
	REFERÊNCIAS.....	139

INTRODUÇÃO

Uma das ideias mais prudentes em qualquer contexto de ação é conhecer e considerar o passado. Pais de primeira viagem buscarão os conselhos de pais mais experientes. Um empregado recém-contratado terá grande interesse em saber como seu antecessor resolvia problemas semelhantes aos que tem diante de si no momento. Um estagiário não formulará suas primeiras peças a partir de uma folha em branco, mas buscará espelhar-se no que profissionais mais experientes fizeram. O passado, assim, é uma reconhecida fonte de experiência e de aprendizado para o futuro.

No Estado de Direito, o passado não se apresenta apenas como fonte de experiência, de aprendizado ou de prudência. Bem estabelecida a noção de que todos são iguais perante a lei, não faz sentido, por exemplo, que Pedro receba um tratamento diferente de João, se ambos estiverem em situações similares. Ninguém – ou quase ninguém – discordará dessa obviedade. Entretanto, nem todos estão dispostos a aceitar que um juiz tome uma decisão que repunte equivocada para não divergir de uma decisão do passado, proferida por outro julgador, a respeito da mesma questão jurídica.

A ideia de que o entendimento de cada juiz deve ser protegido, ainda que ao custo de divergir dos seus pares, encontrou guarida em uma das mais importantes garantias de qualquer democracia: a independência dos juízes. Ela passou a justificar que cada juiz se considere titular de um poder individual de interpretar o direito. Quando exercido tal poder, ele enseja um discurso justificatório restrito ao caso e às partes específicas, não modificando a dinâmica de trabalho de mais ninguém.

Um sistema de precedentes incorpora uma pretensão ambiciosa: a de que o poder de interpretação dos juízes é comunitário. Em vez de visualizarem-se como atletas de um esporte individual, juízes são forçados a trabalhar em colaboração, sabendo que suas decisões de hoje podem modificar a dinâmica de trabalho dos seus colegas de amanhã. Quando o passado é visto como algo que compromete o futuro, começa-se a raciocinar por precedentes e, quando se começa a raciocinar por precedentes, o passado torna-se modelo de como se deve agir.

Pode-se sustentar que somente a constituição e as leis modelam decisões judiciais. Pode-se avançar tal argumento na direção de que julgadores atuais não devem ser governados pelos equívocos de seus predecessores, que não é racional insistir em erros quando se tem a oportunidade de corrigi-los.

Infelizmente, o direito não é tão exato. Se apresento a dez advogados o inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal, todos identificarão que a ordem jurídica brasileira consagra a liberdade de expressão. Se, por outro lado, indago-os se essa liberdade permite que sejam escritas obras pretensamente científicas que neguem o holocausto, é provável que surjam posições divergentes. Mesmo regras bem específicas, como a que define as decisões desafiáveis por agravo de instrumento no sistema processual civil, podem ser alvo de desacordos.

Sobretudo após as duas grandes guerras, experimentaram-se profundas transformações, quer no plano das crenças compartilhadas pelos operadores do direito, quer no plano das fontes do direito. O reconhecimento da força normativa da Constituição, a consagração de princípios, o controle de constitucionalidade e a expansão da jurisdição constitucional são fatores que ampliaram sobremaneira a complexidade da atuação jurisdicional, não se justificando mais a ideologia de que juízes simplesmente identificam um direito preexistente.

Por causa desses fatores, a tradição do *civil law* – do direito escrito e codificado –, muito influente na Europa continental e na América Latina, dirigiu suas atenções ao precedente judicial, que, como se sabe, consiste em uma das marcas do *common law* contemporâneo. O que talvez cause mais espanto entre *civilian lawyers* seja o fato de, mesmo na Inglaterra e nos Estados Unidos, não haver uma única regra que determine que precedentes vinculem. Ainda assim, juízes praticam a doutrina do *stare decisis et non quita movere* (“respeitar o que já foi decidido e não perturbar o que está estabelecido”).

Há duas questões que precisam ser postas de imediato. A primeira é que, pela doutrina do *stare decisis*, as cortes devem seguir seus próprios precedentes, bem como os estabelecidos pelas cortes superiores. Desse modo, a autoridade do precedente manifesta-se em duas direções: horizontal e vertical. A autoridade horizontal implica obediência aos próprios precedentes; a vertical, a obediência aos precedentes de cortes hierarquicamente superiores.

A segunda é que a doutrina atribui aos precedentes o caráter obrigatório. Isso significa que, onde viger o *stare decisis*, futuros julgadores ver-se-ão obrigados a seguir decisões das quais discordem. No contexto da autoridade horizontal, cortes dispõem do poder de revogar o precedente. Não obstante, no contexto da autoridade vertical, a fuga da autoridade do precedente dependerá da demonstração de que o caso atual possui diferenças relevantes que indiquem a não aplicação do precedente. Ou seja, no contexto da autoridade vertical, julgadores não podem superar o precedente, mas podem realizar o *distinguishing* ou a

distinção.

O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma descrição teórica – afinada com a teoria do direito de matrizes inglesa e norte-americana – de como precedentes estabelecidos por cortes superiores controlam as decisões de cortes hierarquicamente vinculadas em casos semelhantes. Além de buscar uma conformação teórica para o fenômeno, apresenta preocupações normativas sobre os limites da autoridade vertical e sobre os limites da técnica de distinguir precedentes. A indagação central reside na relação entre autoridade do precedente e o *distinguishing*. Isso porque a técnica da distinção, ao contrário do que se poderia supor, não consiste simplesmente em constatar a não-incidência da regra do precedente ao caso subsequente similar. Em verdade, o *distinguishing* reflete uma técnica de colaboração entre juízes no desenvolvimento do direito. Assim, o principal objetivo é explicar como precedentes podem obrigar futuros julgadores e, ainda assim, fornecer a flexibilidade necessária para não engessar o desenvolvimento do direito.

É importante esclarecer que, ao contrário de boa parte das pesquisas sobre precedentes no Brasil, não se engajará, aqui, em apresentar razões e motivos para a adoção de um sistema de precedentes. O objetivo não é *justificar*, e sim *explicar* como precedentes funcionam, especialmente no que toca à técnica do *distinguishing* realizada por cortes hierarquicamente vinculadas¹.

Algumas questões orientarão a pesquisa. Precedentes substituem o raciocínio independente de futuros julgadores? Se sim, substituem por completo ou apenas parcialmente? Precedentes são regras criadas pelas cortes? Se sim, aplicam-se por subsunção? São regras semelhantes às encontradas em leis ou possuem peculiaridades? Em vez de regras, precedentes são razões universalizáveis? Vinculam apenas pelo resultado que promulgam ou pela justificação que exibem? Haurem autoridade apenas do *status* hierárquico da corte que os promulgou? Essas são questões gerais sobre a autoridade do precedente. A elas, outras específicas vão-se conectar. Como avaliar se casos subsequentes são iguais ou diferentes do caso do precedente? Qual a relação entre precedente e analogia? Existe indeterminação no processo de comparação de casos? Quais diferenças autorizam a não aplicação do precedente?

¹ De acordo com Walter Sinnott-Armstrong e Robert J. Fogelin, justificações são argumentos pelos quais se demonstra que algo é bom, adequado, justo ou correto. Assim, pode-se justificar um sistema de precedentes com base na necessidade de tratar casos iguais de forma igual. Explicações, a seu turno, visam responder questões sobre o porquê de um fato ou sobre como funciona algo (SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert J. *Understanding arguments: an introduction to informal logic*, p. 4-9). Desse modo, mostrar como precedentes exercem autoridade situa-se no âmbito da explicação. Por óbvio, ao longo do texto, discursos de explicação e de justificação serão entrelaçados. Todavia, o objetivo central da pesquisa não é justificar - apresentar boas razões para adotar - sistemas de precedentes obrigatórios, e sim explicar como eles funcionam.

Quais os limites do poder de distinguir?

As principais referências em todos os capítulos são autores do mundo de língua inglesa. A primeira e mais óbvia razão para isso é que se pretende absorver, sem intermediários, a experiência mais sedimentada dos *common lawyers* a respeito dos precedentes judiciais. No entanto, há uma razão menos óbvia: não raro, conceitos e debates da teoria do direito são recepcionados fora do mundo de língua inglesa com fortes distorções, como o célebre debate entre H.L.A Hart e Ronald Dworkin. Utilizar um conjunto mais restrito de autores, sendo a maioria vinculada a uma mesma tradição, ajuda a evitar mixagens metodológicas, ruídos de tradução de categorias teóricas fundamentais, além de beneficiar-se com o fato de esses autores debaterem de forma muito franca as ideias uns dos outros. Dessa forma, além das obras do Professor Marinoni, que pavimentaram o caminho da pesquisa, serão frequentes as interlocuções com H.L.A Hart, Ronald Dworkin, Neil MacCormick, Joseph Raz, Frederick Schauer, Gerald Postema, Melvin Aron Eisenberg, Neil Duxbury e Grant Lamond.

O trabalho estrutura-se em quatro capítulos de desenvolvimento. No primeiro, apresenta-se uma imagem prefacial do que são e de como funcionam os precedentes, introduzindo uma ideia que atravessará todo o texto: o pacto intertemporal entre juízes. No segundo capítulo, envereda-se pelos difíceis temas da discricionariedade judicial e do poder de interpretação, utilizando como estrutura o debate entre H.L.A Hart e Ronald Dworkin. O terceiro capítulo centra-se basicamente no conceito de autoridade e na contraposição de dois modelos de autoridade do precedente: o *rule model* e o *reason model*. Demonstra-se, ainda, que o modelo brasileiro de precedentes tem adotado uma versão muito perigosa do *rule model*. Por fim, o quarto capítulo propõe um modelo de funcionamento dos precedentes e busca construir uma plataforma teórico-prática para a técnica da distinção.

1 O PACTO INTERTEMPORAL ENTRE JUÍZES

1.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Este capítulo possui dois objetivos: (a) relacionar a reflexão incipiente acerca de precedentes nas tradições de direito escrito à ideologia da completude da lei e à subvalorização da autoridade da justificação e (b) apresentar uma imagem prefacial do que são e de como funcionam os precedentes a partir da ideia de pacto intertemporal entre juízes.

1.2 JURISDIÇÃO E IDEOLOGIA NO *CIVIL LAW*

Na linguagem comum, usa-se o termo “precedente” em referência a um evento do passado que, no momento de sua ocorrência, constituiu uma novidade. Quando Bento XVI se afastou das funções do papado, abriu-se um precedente na história da Igreja Católica, não pela renúncia em si, mas pela coexistência de dois Papas na Santa Sé. De igual sorte, quando a Nova Zelândia, em 1893, reconheceu o direito de voto às mulheres, a história descortinou mais um capítulo de sua força inovadora.

No universo jurídico, precedente não traduz apenas uma decisão que enfrentou, pela primeira vez, determinada questão a partir de determinado enfoque. Ao menos implicitamente, imputar a uma decisão judicial a qualidade de precedente gera no interlocutor a expectativa de que as razões ali consagradas possam influenciar outros julgadores². Uma decisão estapafúrdia, incompreensível ou extremamente pobre em suas razões pode até ser um evento inovador, mas dificilmente será qualificada como um modelo a ser seguido.

Estabelecidas essas premissas, pode-se formar uma imagem prefacial: precedentes são decisões do passado que funcionam como modelo para decisões no futuro. Por isso, reconhecer autoridade em uma decisão como guia para resolver um problema atual implica um jogo de olhar entre o caso do agora e aquele já decidido³.

O uso de precedentes consiste em um tema típico da literatura do *common law*. Todavia, nos sistemas baseados em direito escrito, conquanto inegável a utilidade de conhecer os entendimentos dos Tribunais, prevalecia – e quiçá ainda prevaleça – a ideia de que

² Quando se discute se a decisão da 1ª Turma do STF no Habeas Corpus n. 124.306/RJ, em que se deu interpretação conforme aos artigos 124 e 126 do Código Penal para excluir a incidência no caso de aborto até o terceiro trimestre, constitui um precedente, está-se indagando se essa decisão, ao menos em tese, tem potencial para traçar uma nova tendência no direito, não se essa decisão é um evento fático inovador.

³ MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 1-2.

precedentes não obrigam, isto é, não são fontes formais do direito, sendo mais do que conselhos e menos do que ordens⁴.

Em que pese serem muito delicadas, no âmbito das ciências sociais e humanas, afirmações de causa e efeito, é necessário destacar ao menos dois fatores que constituíram obstáculos a que precedentes adentrassem a literatura do *civil law*: a ideologia da completude da lei e a subvalorização da autoridade da justificação.

1.2.1 A ideologia da completude da lei

Antes do surgimento dos Estados modernos, ainda não se podia falar na existência de uma comunidade política totalizante⁵. Assim, nas ordens medievais, o direito não era fruto da vontade de um soberano, mas, ao revés, desenvolvia-se com certa autonomia em relação ao poder político⁶. Com o paulatino redescobrimento do direito romano⁷, o desenvolvimento da tradição do *civil law* conectou-se intimamente às primeiras Universidades, enlaçado ao *ius commune* ou o direito comum⁸.

Por ser mais elitizado e preocupado com a elegância na construção dos modelos teóricos, o direito das Universidades guardava certo distanciamento em relação ao direito da

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 129.

⁵ “Com isso, queremos dizer apenas que, dentre as várias organizações políticas que a partir desse momento disputarão a direção da sociedade, nenhuma parecerá aos olhos do pesquisador capaz de reunir a efetividade do poder e a clareza de um programa político englobante. Teremos as mais diversas formas de regime – senhorias laicas, senhorias eclesiásticas, cidades livres –, teremos exemplos de tiranos munidos do mais absoluto poder humano jamais concebido, ou estruturas oligárquicas e “democráticas” com determinados poderes de evidente origem pactual, mas com certeza nunca teremos a presença de um organismo totalitário, naturalmente destinado a controlar, regular, absorver toda relação intersubjetiva que se verifique no interior de seu objeto territorial definido” (GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, 53-54).

⁶ “A noção de autonomia é, portanto, relativa, ou seja, relativa ao regime político transitório, e significa apenas que o direito não é expressão de um ou outro regime nem apenas das forças relacionadas a ele. Ao contrário, é em grande parte desvinculado delas” (GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.62).

⁷ Por “redescobrimento do direito romano”, quer-se indicar que não se tratava de um conhecimento amplamente difundido, herdado de geração em geração. Por isso, para Antônio Manuel Hespanha, “a *iurisprudentia* romana clássica, se contribuiu para a unificação dos direitos europeus até aos dias de hoje, não foi por causa da sua difusão pelo Império, no período do seu maior brilho, mas porque constituiu um tesouro literário em que, mais tarde, se vieram a inspirar os juristas europeus” (HESPANHA, Antonio Manuel. Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 125).

⁸ “Os desenvolvimentos anteriores ajudam a compreender o que é o *ius commune* do sistema romano-germânico. É um monumento, edificado por uma ciência europeia, que visa, ao fornecer aos juristas modelos, um vocabulário e métodos, orientá-los na procura de soluções de justiça. A obra das universidades apenas se compreende em referência a um conceito de direito natural. Nas suas escolas de direito procura-se descobrir, com o auxílio dos textos romanos, as regras mais justas, as regras conformes a uma ordem bem concebida numa sociedade cuja existência é exigida pela própria natureza das coisas. As universidades não fazem, e não pretendem fazer, uma obra de direito positivo, não têm competência, de resto, para fixar regras que, em todos os países, juízes e práticos deveriam necessariamente aplicar” (DAVID, Rene. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, p. 45).

prática⁹. Nas Universidades, o direito romano foi tomado como um modelo jurídico universal, porque supostamente embasado em “normas jurídicas fundadas na natureza e na razão¹⁰”, sendo contemplado como o encontro entre o direito natural e o direito escrito pelos homens¹¹.

Esse breve resgate histórico revela que, ao menos em suas origens, a tradição do *civil law* não estava conectada a nenhum projeto específico de poder político, tampouco a um fetiche legalista¹². Ao contrário, o *civil law* era uma tradição de direito doutrinal, que, séculos depois, sobretudo com a Revolução Francesa, seria convertido em um direito que expressa a vontade de um soberano através da lei¹³.

Nesse ponto, é importante ressaltar que as grandes codificações – a exemplo do Código Civil napoleônico de 1804 – foram inspiradas em um ideal jusracionalista¹⁴, em uma ideia de direito perfeito, coerente e exaustivo. Por isso, não surpreende a enorme confiança depositada nos ordenamentos escritos¹⁵.

⁹ “As universidades não são escolas práticas de direito. O professor dedica-se a ensinar um método apto a destacar as regras de fundo consideradas as mais justas, as mais conformes à moral, as mais favoráveis ao bom funcionamento da sociedade. Não concebe a sua função como sendo a de descrever práticas existentes, nem de dizer como na prática se poderá dar eficácia às regras que declarou conformes à justiça. O direito, nas universidades, é considerado como um modelo de organização social. Não se volta para o contencioso nem para os julgamentos: processo, provas, execução são negligenciados, abandonados à regulamentação administrativa e ao estilo dos práticos. O direito, ligado à filosofia, à teologia e à religião, indica aos juizes como, segundo a justiça, devem estatuir; estabelece as regras às quais os homens justos devem obedecer no seu comportamento social. O direito é, tal como a moral, um *Sollen* (o que é necessário fazer), não um *Sein* (o que se faz na prática)”. (DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41-42).

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico, p. 31.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico, p. 31.

¹² Tem-se utilizado o termo *tradição* no sentido empregado por John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da *civil law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina, p. 22): “Uma tradição jurídica, conforme o próprio termo indica, não é um conjunto de normas legais sobre contratos, empresas ou crimes, embora tais normas sejam, quase sempre, em algum sentido, um reflexo daquela tradição. Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão”.

¹³ GILISEN, John. Introdução histórica ao direito, p. 206.

¹⁴ HESPANHA, Antonio Manuel. Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 329-330; GILISEN, John. Introdução histórica ao direito, p. 7.

¹⁵ “A ideia segundo a qual, uma vez vigente a codificação, o direito se tornaria simples, claro e acessível a todos, foi expressa de modo particularmente veemente e significativo, num debate de 1790 na Assembleia constituinte pela instauração dos júris populares (isto é, daquela instituição judiciária composta não de juizes togados, mas de simples cidadãos, que deveriam julgar sobre questões de fato, especialmente nas causas penais. Trata-se de uma instituição de inspiração democrática). Siéyès, para aduzir um argumento a favor de tal instituição, sustenta que, no dia em que a codificação vigesse, o procedimento judiciário consistiria somente de um juízo de fato (isto é, em assegurar que fossem verificados os fatos previstos pela lei), visto que o direito se tornaria tão claro que a *quaestio juris* (a saber, a determinação da norma jurídica a ser aplicada no caso em exame) não apresentaria qualquer dificuldade, já que todas as questões de direito que o juízo tradicionalmente comportava (e que exigiam a intervenção de técnicos do direito) eram exclusivamente fruto da multiplicidade e da complicação irracional das leis” (BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico, p. 66-67).

O componente ideológico por trás das codificações não era simplesmente uma superioridade de um direito escrito em relação a tradições que se baseiam nos usos e costumes imemoriais. A ideologia estava em tomar o direito escrito como uma expressão de um direito naturalmente racional e, nessa esteira, um direito inerentemente bom, justo, completo e coerente¹⁶. Desse modo, forçoso concordar com Luiz Guilherme Marinoni quando assevera que, “se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código¹⁷”.

1.2.2 Subvalorização da autoridade da justificação

A ideologia por trás das codificações conduziu à segunda etapa do problema: a subvalorização da autoridade da justificação. O conceito de jurisdição do processo civil continental presta firme testemunho desse diagnóstico, conforme se passa a demonstrar.

Uma das ideias mais influentes nos ordenamentos filiados à tradição do *civil law* é a de que os juízes, ao aplicarem normas gerais e abstratas a casos concretos, exercem uma atividade de especificação, isto é, tomam a lei como fundamento para criar uma norma individual/concreta¹⁸. Nesse modo de formular a questão, é possível realizar um corte funcional entre as razões que conduzem à decisão (motivos) e à decisão em si mesma (norma

¹⁶ Norberto Bobbio aduz que o positivismo jurídico – e, sob esse rótulo, ele reúne fenômenos diversos, como as teorias de Bentham e de Austin (Inglaterra), a Escola de Exegese (França) e o positivismo alemão de base hegeliana – teria um componente ideológico. Especialmente no que toca aos juristas franceses, Bobbio observa que eles não eram apenas intérpretes, mas também *admiradores* do Código de Napoleão (BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico, p. 222-224). Não se concorda, de forma integral, com Bobbio, que parece atribuir inexoravelmente às teorias positivistas um componente ideológico no sentido de pregar implicitamente a obediência ao que quer que seja direito positivo. Certamente essa crítica não resiste a uma leitura atenta à “*Teoria Pura do Direito*”, de Hans Kelsen, que frisa insistentemente que a Teoria Pura visa escrever o direito tal como ele é, sem engajar-se na valoração de se ele é bom ou ruim, ou se está justificado moralmente ou não. Diz Kelsen: “Como ciência, ela [a Teoria Pura] não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura. Recusa-se, particularmente, a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as “ideologias” por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada. Assim, impede que, em nome da ciência jurídica, se confira ao Direito positivo um valor mais elevado do que o que ele de fato possui, identificando-o com um Direito ideal, com um Direito justo; ou que lhe seja recusado qualquer valor e, conseqüentemente, qualquer vigência, por se entender que está em contradição com um Direito ideal, um Direito justo. Por tal fato, a Teoria Pura do Direito surge em aguda contradição com a ciência jurídica tradicional que - consciente ou inconscientemente, ora em maior ora em menor grau - tem um caráter “ideológico”, no sentido que acaba de ser explicado” (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 118).

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, p. 48.

¹⁸ “Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente” (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 263).

individual).

Não se questiona que a distinção entre a norma individual criada pela decisão e os seus fundamentos seja relevante e cientificamente correta. Todavia, na tradição do *civil law*, essa cisão assumiu contornos exagerados, já que todo o valor de autoridade das decisões judiciais, como se demonstrará, restou concentrado no comando sentencial. A fundamentação não era contemplada como uma atividade capaz de comprometer futuros julgadores.

O primeiro aspecto da subvalorização da justificação assenta-se em uma premissa ideológica, conquanto apresentada com ares de profunda cientificidade: nos ordenamentos escritos e regidos pela separação dos poderes¹⁹, a atividade do juiz consistiria em investigar a vontade da lei, declarando-a na forma da norma individual criada pela sentença²⁰.

A título de exemplo, a teoria da jurisdição de Giuseppe Chiovenda – inequivocamente uma das mais influentes na tradição do *civil law* e a mais influente no Brasil – baseou-se em uma rígida separação dos poderes, objetivando, em suas próprias palavras, traçar uma distinção conceitual entre as funções administrativa e jurisdicional, já que ambas se destinariam a aplicar o direito preexistente²¹.

Chiovenda defendia que, enquanto a administração pública atua sua vontade *própria* em *conformidade* com a lei, a jurisdição atua a vontade da lei (e não a sua própria) em substituição à das partes²². Isso significa dizer que a jurisdição não tinha uma vontade própria distinta da lei. Bem ao contrário: a jurisdição tinha o papel de investigar a lei e o caso, de modo a identificar a vontade objetiva preexistente do ordenamento jurídico.

O mestre italiano apostava no caráter sistemático dos ordenamentos jurídicos

¹⁹ “De acordo com Montesquieu, o ‘poder de julgar’ deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de ‘direitos novos’. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o ‘poder de julgar’. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas ‘um texto exato da lei’. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o ‘o poder de julgar’ era, de qualquer modo, um ‘poder nulo’ (*em quelque façon, nulle*). Assim, conferiu-se o poder de criar o direito apenas ao Legislativo” (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, p. 46).

²⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 65-66.

²¹ “Entre as três funções da soberania lobrigamos uma separação conceitual, mais ou menos nítida, mas por vezes difícil de determinar. Se é bem simples a contraposição entre função legislativa e judicial, porque àquela pertence ditar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos (nº 1), e a esta atuá-las (nº 11), menos fácil se torna firmar um critério diferencial entre administração e jurisdição, tal que valha para todos os casos, porquanto a administração também se pode contrapor à legislação como atuação de lei” (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil: volume II. Bookseller: Campinas, 1998, p. 11-12).

²² “Pode-se definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva” (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil: volume II. Bookseller: Campinas, 1998, p. 8).

escritos para tornar possível a descoberta da vontade da lei²³. Ainda que um fato não estivesse diretamente coberto por uma norma jurídica, seria possível, através da analogia ou dos princípios gerais de direito, ampliar o alcance da lei para situações por ela não expressamente previstas. Se, ainda assim, o pleito carecesse de suporte em norma, declarar-se-ia a vontade negativa de lei, isto é, a improcedência do pedido. Trata-se de uma teoria formalista quanto à interpretação²⁴.

Diante de tudo que se disse, não fazia sentido reconhecer autoridade nos fundamentos da decisão, uma vez que eles nada mais eram do que produtos da atividade lógico-investigativa do juiz. A verdadeira autoridade residia não na fundamentação em si, mas nas normas preexistentes anunciadas na justificação²⁵.

Essa mentalidade inspirou, ainda, o modelo das Cortes de Cassação, que se preocupava com a necessidade de um órgão – em princípio externo ao Judiciário, mas depois situado em sua cúpula²⁶ – controlar os juízes e tribunais ordinários, evitando que eles se desviassem do sentido literal da lei²⁷. O ponto mais grave a destacar reside na crença de que a lei contivesse significados prévios e próprios à espera para serem descobertos pelo juiz. Desse

²³ “Num país de poucas leis escritas, a missão do juiz se assemelha à do legislador, no sentido de que também ele aplica ao caso particular uma norma ainda inescrita e a qual, por seguinte, talvez não goze daquele indiscutível reconhecimento universal próprio das leis escritas. (...) Essas minuciosas normas não representam simples complexo desorgânico: constituem um sistema, cuja força dinâmica reside no princípio de que “sempre que uma controvérsia não se possa decidir com uma precisa disposição de lei, atender-se-á às disposições que regulam casos similares ou matérias análogas; quando o caso perdure, ainda assim, duvidoso, decidir-se-á segundo os princípios gerais do direito” (art. 3º, disposições preliminares do Código Civil). De sorte que, a mais das normas escritas nas leis, existe indefinido número de outras, inferíveis da analogia ou dos princípios gerais do direito; e é muito difícil que um fato novo, não somente imprevisto na lei, mas jamais ocorrido antes dela, não encontre nesse sistema de normas seu regulamento preventivo e potencial. Pois que, se, em verdade, ocorresse um fato novo, a que fosse impossível encontrar no sistema das normas uma disposição aplicável, significaria que nesse caso falta uma vontade de lei que garanta o bem reclamado pelo autor e se formará uma vontade negativa de lei, como acima se explicou” (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil: volume I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 61-62).

²⁴ Segundo Riccardo Guastini, teorias formalistas da interpretação apresentam três características básicas: “(a) a interpretação é uma atividade não de decisão, mas de conhecimento; (b) o discurso interpretativo é, portanto, um discurso descritivo, ou seja, aquele do qual dos seus enunciados pode-se sensatamente predicar a verdade e a falsidade; (c) há, para toda norma, uma e só uma única interpretação verdadeira” (GUASTINI, Ricardo. Das fontes às normas. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005, p. 160-161).

²⁵ “No *civil law*, ao contrário, cabendo aos tribunais apenas aplicar a lei, pouca importância se teria de dar à fundamentação, já que esta faria apenas ligação entre os fatos e a norma legal voltada a regular a situação litigiosa. A fundamentação, assim, seria necessariamente breve e sucinta. Uma vez que a decisão deveria apenas dar atuação à lei, não haveria motivo para buscar na fundamentação o significado da decisão. A decisão que se limita a aplicar a lei não tem nada que possa interessar a outros, que não sejam os litigantes. É por este motivo que, no *civil law*, o que sempre preocupou, em termos de segurança jurídica, foi o dispositivo da sentença, que aplica a regra de direito, dando-lhe concretude. Não é por outra razão que, quando se pensa em segurança dos atos jurisdicionais, alude-se somente à coisa julgada e, especialmente, à sua função de tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença” (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, p. 169).

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedente. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 34-35.

²⁷ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, p. 43-50.

modo, tais Cortes não foram desenhadas para desenvolver o direito, mas apenas para certificar que juízes e tribunais não se desviassem do sentido literal da lei, em típica função de nomofilaquia e de tutela da legalidade voltada ao passado²⁸.

No contexto descrito acima, qual seja, o da carência de autoridades nas razões, percebe-se um pacto de fidelidade entre o legislador, que estabeleceu o texto normativo, e o juiz, que investiga e descreve o significado do texto legal para, em seguida, aplicar a norma jurídica descoberta. Porém, mantidas sem ressalvas tais premissas, não há pacto intertemporal entre os juízes. O discurso da jurisdição não vincula a si própria, não cria compromissos para o futuro, não passa de uma exigência lógica para alcançar a norma individual.

Conforme se verá mais à frente, tomar uma decisão judicial como precedente significa assumir que o discurso judicial do passado limita as possibilidades do discurso judicial do futuro. Ou seja, o pacto intertemporal não deve dar-se apenas entre legislador e juiz, mas entre juízes²⁹. A fundamentação deixa de ser somente uma etapa necessária para a norma individual, em que se articula um discurso personalizado para aquela situação fática, e passa a ser o principal elemento da decisão a partir do qual se pode construir um discurso que

²⁸ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, p. 49-50. Vale frisar, ainda, com Michele Taruffo, que é possível identificar ao menos duas funções das cortes: uma reativa e outra proativa. Pela função reativa, as cortes preocupam-se fundamentalmente com a tutela da legalidade (ou a nomofilaquia), isto é, com o controle da legitimidade de comportamentos já ocorridos (com olhos para o passado). Pela função proativa, as cortes voltam-se fundamentalmente para o futuro. Uma das técnicas decorrentes da função proativa das cortes é a formação de precedentes. Com base nisso, afirma Taruffo: “Controle de legitimidade de decisão no caso concreto significa – como é claro, por exemplo, no caso da *Cassazione* italiana, da *Cour de Cassation* francesa e do Tribunal Supremo espanhol – que a função da corte consiste essencialmente em verificar se a lei, substancial e processual, foi corretamente aplicada pelos juízes ordinários (*giudici di merito*). Assume particular relevo a dimensão reativa dessa função, porque se apresenta para o juízo da corte um caso já decidido, cujo recurso é fundado sobre motivos inerentes à violação da lei substancial (conforme, por exemplo, o art. 360, n. 3, *Codice di Procedura Civile*) ou à violação da lei processual (conforme, por exemplo, os ns. 1, 2, 4 e 5 desse mesmo art. 360). A corte deve, pois, verificar se essas violações ocorreram efetivamente, anulando em consequência (com ou sem reenvio a outro juiz) a decisão viciada” (TARUFFO, Michele. As funções das Cortes Supremas: aspectos gerais. In: *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 122).

²⁹ “Neste sentido, o raciocínio do *common law*, como Janus, põe-se na fronteira entre o passado e o futuro, tentando decidir o caso do presente enquanto olha tanto para trás, para o campo dos exemplos e dos cometimentos adotados até agora, como para frente, para o campo do futuro no qual deliberadores e aqueles que dependem destes se situarão. O *common law* olha para o passado não para buscar ajuda e orientação, mas para obter direcionamento normativo em relação aos compromissos assumidos que tenham implicações para as decisões relativas aos processos em curso e para as ações e decisões no futuro” (tradução livre). (POSTEMA, Gerald J. *Philosophy of the Common Law*. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford University Press, 2002, p. 606. No original: “*In this respect, common law reasoning stands like Janus at the gate between the past and the future, looking to decide the case at hand while looking both backward to the field of examples and commitments from which we have come and forward to the field of the future into which deliberators and those who depend on them are passing. It looks to the past not only for help and guidance, but for normative direction, for commitments undertaken that have implications for decisions for cases at hand and for actions and decisions in the future. This is not merely an aspiration; it is also a significant constraint on common law reasoning*”).

cria compromissos com o futuro³⁰.

Por óbvio, o modelo de jurisdição de Chiovenda – à semelhança de outras teorias da jurisdição no contexto do *civil law* – estava formatado sob as imagens do Estado de Direito do Século XIX e do início do Século XX. Não obstante, com os impactos do reconhecimento da força normativa da Constituição, do caráter normativo dos princípios, da evolução das teorias da interpretação e de novas técnicas de positivação (cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados), a determinabilidade, a plenitude e a certeza do direito, que repousavam nas leis, foram mitigadas, tornando evidente que o discurso legislativo, por si só, não é capaz de proteger valores como segurança e igualdade jurídicas³¹.

Em outras palavras, não se alcançam segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, coerência e igualdade apenas com a reflexão sobre a fidelidade da jurisdição para com as leis. É necessário refletir se a decisão judicial de hoje é capaz de restringir, de algum modo e em algum grau, as opções dos julgadores de amanhã em casos semelhantes. Se isso for verdade, começa-se a delinear um pacto entre julgadores de diferentes gerações.

1.3. ESTRUTURA FORMAL DO ARGUMENTO POR PRECEDENTES

Como visto, precedentes podem ser descritos como decisões do passado que funcionam como modelo para decisões do futuro, gerando um pacto de fidelidade entre julgadores de diferentes gerações. Não obstante, para além desse conceito prefacial, é necessário compreender a estrutura formal do argumento por precedentes.

De início, é importante destacar que raciocinar a partir de precedentes não constitui a única forma de extrair saberes úteis do passado. Em um exemplo lúdico, Neil Duxbury conta que a sua filha caçula, ao completar onze anos, pediu-lhe um celular de presente. Seu argumento refletiu um raciocínio por precedente: a irmã mais velha, no décimo

³⁰ Para Daniel Mitidiero, *fundamentação* é o discurso da decisão judicial endereçado às partes, ao passo que *precedente* é o discurso endereçado à ordem jurídica. Ressalvada essa questão terminológica, já que no corpo do texto se utiliza fundamentação como o conjunto dos fundamentos apresentados, as lições do processualista gaúcho vão ao encontro do aqui defendido: “A decisão judicial - desde que assentada à interpretação como outorga de sentido ao texto e como reconstrução da ordem jurídica - abre a oportunidade para que a partir dela a doutrina realize um duplo discurso: um discurso voltado para o caso concreto e um discurso para a ordem jurídica. O primeiro constitui direito fundamental da parte e compõe o núcleo duro do direito ao processo justo (arts. 5º, LIV, e 93, IX, da CF/1988). O segundo é de ordem institucional, está estruturado para promover a unidade do direito e visa à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa. Vale dizer: fundamentação e precedente são dois discursos jurídicos, com endereços e funções distintas, a que dá azo a decisão judicial no Estado Constitucional” (MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 206, p. 61-78, abr. 2012, p. 61).

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 56-83.

primeiro aniversário, havia sido presenteada com um celular. Se o presente for negado sob o argumento de que não foi bom para a irmã mais velha haver ganhado o celular aos onze anos, não se estará decidindo com base no precedente, mas com base na experiência. Trata-se de outra forma de extrair sabedoria do passado³².

Em sentido semelhante, Frederick Schauer ressalta que, na genuína decisão por precedente, a decisão de agora se justifica simplesmente por haver sido adotada no passado³³. Dito de outra maneira, na justificação por precedente, é o caráter pretérito (*pastness*) e nada mais que direciona tomar uma decisão idêntica ou similar à do passado³⁴.

Essa afirmação, contudo, precisa ser bem compreendida. Não faz sentido afirmar, por exemplo, que alguém tenha a obrigação de ir ao trabalho pelo mesmo caminho escolhido no dia anterior, simplesmente porque o ontem precede o hoje. A ideia de que a genuína justificação por precedente só ocorre quando o comportamento do presente foi estabelecido por causa do comportamento do passado não *justifica* por que precedentes *devem* ser seguidos. Quando Duxbury e Schauer explicam o raciocínio por precedentes, eles estão *descrevendo* a estrutura formal do argumento. Os trechos até então mencionados não pretendem esclarecer a *racionalidade* subjacente ao argumento ou à justificação por precedentes.

No âmbito das justificações jurídicas, mais do que no âmbito das tomadas de decisões pessoais, precedentes induzem um apelo normativo, porque se supõe que as decisões judiciais anteriores não foram tomadas no exercício de simples preferências³⁵. Quando uma corte decide que, à luz de determinadas circunstâncias, “A” tem direito e não “B”, a sua

³² “Experience often guides present action, but reasoning from precedent is not identical to reasoning from experience. When my youngest daughter made her case for my buying her a mobile phone on her eleventh birthday, she reasoned from precedent: her elder sister received a mobile phone for her eleventh birthday. When I refused to buy my youngest daughter a mobile phone on her eleventh birthday, I reasoned from the experience of her sister’s inability to be a responsible mobile-phone owner at the age of eleven. When we make a decision on the basis of experience, we are valuing experience for what it teaches us. When we make a decision on the basis of precedent, we consider significant the fact that our current predicament has been addressed before, but we will not necessarily value the precedent for what it teaches us. Sometimes, we might even follow precedents of which we do not approve”. (DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 2-3).

³³ “A anatomia básica da argumentação por precedente é facilmente definida: O tratamento prévio de uma ocorrência X na forma Y constitui, unicamente por seu caráter histórico, uma razão para tratar X de forma Y se e quando X ocorrer novamente” (SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In: DIDIER Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes*. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 49-50).

³⁴ SCHAUER, Frederick. *Precedent* (2011). Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em 02 de maio de 2017.

³⁵ Para Jeremy Waldron, o princípio do Estado de Direito exige que as autoridades tomem decisões com base em normas públicas, e não com base em suas próprias preferências e ideologias (WALDRON, *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*, p. 3-4). Nessa esteira, quando se argumenta que decisões do passado *devem* ser seguidas, supõe-se que tais decisões não foram embasadas em simples preferências. Por isso, não se pode confundir a estrutura do argumento por precedentes com as justificativas para que precedentes obriguem.

decisão está embasada em afirmações com carga normativa. Logo, se, no caso do passado, “A”, e não “B”, estava correto, então no caso futuro que reproduza as mesmas circunstâncias fáticas relevantes, estará correta a parte análoga a “A”, e não a parte análoga a “B”. Se as decisões judiciais fossem embasadas em meras preferências, o argumento por precedentes continuaria tendo a mesma estrutura formal, mas não contaria com qualquer suporte de normatividade, porque nada obriga que a opção preferida no passado seja repetida no futuro.

1.4 A DOCTRINA DO *STARE DECISIS*

1.4.1 *Stare decisis* e a autoridade das razões

Stare decisis et non quieta movere (“respeitar o que já foi decidido e não perturbar o que está estabelecido”) é uma expressão latina que identifica a doutrina dos precedentes vinculantes ou obrigatórios³⁶. Gary Slapper e David Kelly, escrevendo no contexto do direito inglês, definiram a doutrina da seguinte maneira:

A doutrina se refere ao fato de que, dentro da estrutura hierarquizada das cortes inglesas, a decisão de uma corte superior será vinculante para uma corte inferior que esteja na sua cadeia hierárquica. Em termos gerais, isso significa que, quando juízes estão diante de casos, eles irão investigar se uma situação similar foi enfrentada por uma corte anteriormente. Se o precedente houver sido formado por uma corte de mesmo status ou superior à corte competente para julgar o novo caso, então o juiz no caso atual deve seguir a regra vinculante estabelecida na decisão anterior. Se o precedente provier de uma corte inferior na cadeia hierárquica, o juiz do novo caso pode não seguir, mas certamente considerará fazê-lo³⁷.

De início, é necessário afastar um equívoco comum: o *stare decisis* não é um

³⁶ Em geral, a expressão *stare decisis* remete especificamente ao sistema de precedentes vinculantes. Por isso, quando os autores do *common law* afirmam que o *stare decisis* é um fenômeno recente, eles se referem propriamente ao uso sistemático e racional de precedentes vinculantes ou obrigatórios, em relação aos quais a corte ou os juízes só podem deixar de segui-los mediante distinções razoáveis e juridicamente relevantes (*distinguishing*). Todavia, em alguns momentos, a expressão é empregada de forma mais genérica, significando apenas um sistema de valorização de decisões passadas. Rupert Cross e J.W Harris abrem *Precedent in English Law*, uma das mais importantes e clássicas obras sobre o tema, adotando o sentido genérico: “[j]udicial precedent has some persuasive effect almost everywhere because *stare decisis* (keep to what has been decided previously) is a maxim of practically universal application” (CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. Fourth Edition. Oxford: Clarendon Press Oxford, 2004, p. 3). Todavia, a menos que haja ressalva, utiliza-se, aqui, *stare decisis* no seu sentido mais rigoroso e preciso, qual seja, a de precedentes vinculantes.

³⁷ SLAPPER, Gary; KELLY, David. *The English legal system*. 9.ed. Abingdon: Routledge-Cavendish, 2009, p. 102 (tradução livre). No original: “The doctrine refers to the fact that, within the hierarchical structure of the English courts, a decision of a higher court will be binding on a court lower than it in that hierarchy. In general terms, this means that when judges try cases, they will check to see if a similar situation has come before a court previously. If the precedent was set by a court of equal or higher status to the court deciding the new case, then the judge in the present case should follow the rule of law established in the earlier case. Where the precedent is from a lower court in the hierarchy, the judge in the new case may not follow, but will certainly consider, it”.

fenômeno inerente ao *common law*, tendo-se consolidado no final do século XIX. Portanto, qualquer tentativa de explicar o *common law* a partir do *stare decisis* fracassará³⁸. O argumento que naturaliza o *stare decisis* no código genético do *common law* consiste em uma falácia histórica para infirmar a possibilidade de um sistema de precedentes em países que seguem a tradição do *civil law*.

O *common law* remonta à Batalha de *Hastings* em 1066, vencida pelo exército de Guilherme da Normandia, o conquistador. Na época vigiam os direitos com base nos costumes das tribos ancestrais. O *common law* foi-se desenvolvendo paulatinamente como o direito produzido pelos Tribunais reais – Tribunais de Westminster – com a pretensão de substituir as tradições ancestrais por um direito comum de toda a Inglaterra³⁹. Portanto, cuida-se de uma tradição com características menos especulativas, que sofreu reduzida influência do direito romano e que o judiciário pouco a pouco foi construído como verdadeira administração da justiça⁴⁰.

Como observa Charles M. Grey, por volta dos anos 1600, *stare decisis* não era a regra prevalente. Argumentos a partir de casos já decididos, embora frequentes e persuasivos, não dominavam a lógica dos trabalhos das cortes⁴¹.

Neil Duxbury elenca alguns fatores que conduziram à moderna doutrina do *stare decisis*. Em primeiro lugar, precedentes foram-se tornando relevantes no direito inglês porque se gerou a compreensão de que juízes tinham autoridade não só para positivizar comandos, mas também para fornecer razões a partir de suas decisões, representando ou não a vontade do soberano⁴². Essa autoridade das razões – que, como já apreciado no tópico anterior, foi negada na tradição do *civil law* – decorria do caráter eminentemente argumentativo do *common law*. Como registra Gerald J. Postema, o direito natural, tal como almejado pelo *civil law*, era muito abstrato e teórico para as mentes pragmáticas e focadas dos *common lawyers*, que enxergam o direito não como razões naturais, e sim como razões artificiais. Nesse sentido, a argumentação pública e a analogia eram os processos pelos quais se determinavam o uso e os costumes do *Englishmen*⁴³.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, p. 31.

³⁹ “A elaboração da *comune ley*, direito inglês e comum a toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster” (DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 359).

⁴⁰ GILISEN, John. Introdução histórica ao direito, p. 208.

⁴¹ GREY, Charles M. Parliament, Liberty, and the Law. In: HEXTER, J.H. Parliament and Liberty from the Reign of Elizabeth to the English Civil War. Stanford: Stanford University Press, 1992, p. 158.

⁴² DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedent. Cambridge University Press, 2008, p. 48.

⁴³ POSTEMA, Gerald J. Philosophy of the Common Law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.588-595.

Um segundo fator relevante foi o surgimento no século XVI e o aprimoramento nos seguintes do Livro do Ano (*Year Book*) e dos relatos informativos acerca das decisões dos juízes. No século XIX, com o advento do taquígrafo, tornou-se possível registrar com precisão os argumentos das partes e dos magistrados, fortalecendo o respeito às decisões pretéritas⁴⁴.

De igual sorte, a introdução, a partir dos *Judicature Acts* de 1873 e 1875, de uma estrutura hierarquizada de cortes permitiu que juízes pudessem buscar decisões anteriores análogas e que se entendessem constrangidos a partir do *status* da Corte que firmou o precedente⁴⁵.

Portanto, embora algum respeito aos precedentes já existisse antes da consagração do *stare decisis*, respeito esse que, como outrora dito, justificava-se no reconhecimento de autoridade nas razões das decisões judiciais, não se podia falar, antes do século XIX, de precedentes vinculantes, isto é, de precedentes que obrigam futuros julgadores ainda quando haja boas razões para decidir em sentido contrário.

Outro fator que ajuda a entender por que o *common law* demorou tanto para desenvolver a doutrina do *stare decisis* é a chamada teoria declaratória da jurisdição⁴⁶, pela qual, nas palavras de William Blackstone, “as decisões das cortes de justiça são a evidência do que o *common law* é⁴⁷”. Como observam Rupert Cross e J.W Harris, a teoria declaratória, sustentada no século XVII por eminentes juristas – a exemplo do próprio Blackstone e de Mathew Hale – defendia que o *common law* consistiria nas regras dos usos e costumes que governam o homem inglês desde tempos imemoriais, suplementadas por princípios gerais de justiça nas relações privadas e de conveniências nas relações públicas⁴⁸. Desse modo, escudados na teoria declaratória, “os juízes teriam a noção ingênua de que o *common law* não seria produzido por eles, mas se constituiria em algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade⁴⁹”.

Não fazia sentido defender a existência de precedentes vinculantes se a obrigação

⁴⁴ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 54-55.

⁴⁵ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 56.

⁴⁶ Não se olvide que o *civil law* também possui teorias declaratórias da jurisdição, ou também chamadas de teorias dualistas do ordenamento jurídico, a exemplo da teoria de Giuseppe Chiovenda, brevemente examinada no tópico anterior. Mas não se cuida de fenômenos idênticos. Sobre esse assunto, consulte-se especialmente MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁷ WARREN, Samuel. *Blackstone's commentaries systematically abridged and adapted to the existing state of the Law and the Constitution*. London: Maxwell, 1855. p. 47-49.

⁴⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. Fourth Edition. Oxford: Clarendon Press Oxford, 2004, p. 28.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 27.

de decidir de uma maneira ou de outra provinha de usos e costumes imemoriais. Por isso, somente com o dismantelamento da teoria declaratória, possibilitado pelo surgimento das teorias positivistas acerca do direito⁵⁰, desenvolver-se-ia a consciência de a que jurisdição estabelece regras a partir de precedentes e, nesse preciso sentido, tem autoridade para criar o direito⁵¹.

1.4.2 Os principais debates sobre o *stare decisis* na Inglaterra e nos Estados Unidos

O principal debate ocorrido no Reino Unido acerca do *stare decisis* foi o de se a *House of Lords* – que, à época, possuía uma seção judicial que funcionava como Corte Suprema – poderia ou não revogar seus precedentes. Entre 1898 a 1966, a *House of Lords* praticou uma doutrina de *stare decisis* de tamanha rigidez, que se reconhecia desprovida de poderes para revogar seus próprios precedentes. Desse modo, a corte de então tinha de seguir os entendimentos do passado, ainda que eles fossem reputados errôneos. Com o *Practice Statement* de 1966, a *House of Lords* superou a sua prática firmada no famoso precedente *London Tramways Co v. London County Council* [1898] AC 375, passando a admitir a superação dos entendimentos passados⁵².

No âmbito dos Estados Unidos, o *stare decisis* poderia ser descrito com as mesmas palavras utilizadas para refletir o sistema inglês: respeitar o passado e não perturbar aquilo que foi estabelecido, isto é, seguir precedentes, a menos que exista entre os casos uma diferença razoável e juridicamente relevante para não fazê-lo. Todavia, os debates em torno do *stare decisis* nos Estados Unidos possuem nuances distintas em relação à Inglaterra, especialmente por uma razão: os Estados Unidos, ao contrário dos seus colonizadores⁵³,

⁵⁰ Sobre a importância do positivismo jurídico no desenvolvimento do *stare decisis*, consulte-se DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 38 e seguintes. O autor basicamente defende que os positivistas de Bentham e de Austin desempenharam um papel ambíguo, porque condenavam a teoria declaratória, mas não era simpáticos ao *judge made law* como um todo.

⁵¹ Com invulgar propriedade, Luiz Guilherme Marinoni destaca que o verdadeiro significado do *law-making authority* não é que os juízes do *common law* criem direito do nada, mas que, em comparação com as teorias de aplicação mecânica da lei, bem como teorias que sustentam uma verdade preexistente, pode-se dizer que o juiz do *common law* – e, hoje em dia, também o do *civil law* – cria o direito (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 36-38).

⁵² DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 129 e seguintes.

⁵³ Para alguns juristas, os princípios que informam o *common law* passaram a funcionar como limites ao poder de legislar, mitigando a supremacia do parlamento. A ideia de que o *common law* consiste em um limite às leis é alvo de intensas controvérsias. Não nos cabe, porém, enveredar por esse instigante debate. Por ora, ressalte-se que a referência ao *direito inglês* compreende apenas a Inglaterra e o País de Gales. Isso torna a afirmação um pouco menos controversa, já que é comum reconhecer que a célebre decisão *Marbury v. Madison*, que inaugurou o controle incidental de constitucionalidade, tenha sido inspirada na prática dos juízes ingleses, em especial Sir. Edward Coke, de identificar limites às leis a partir dos princípios do *common law*. Restringindo-

possuem uma constituição escrita e rígida, que se encontra no ápice do ordenamento jurídico.

Há, no direito norte-americano, dois debates centrais acerca do *stare decisis*. O primeiro é o seguinte: alguns juristas veem o *stare decisis* como uma norma constitucional não escrita, enquanto outros o consideram como uma política judiciária que descreve uma tendência de que as Cortes sigam as decisões passadas⁵⁴. Esse debate se põe, em verdade, no contexto das decisões da Suprema Corte americana, porque o *stare decisis* justificaria que os *Justices* preterissem a suposta decisão constitucionalmente correta em detrimento de manter decisões do passado, ainda que elas não reflitam a melhor (ou a suposta melhor) interpretação constitucional.

O segundo debate é corolário do primeiro, mas ilumina o problema da separação de poderes. Dada a presença de constituição escrita, os precedentes firmados pela Suprema Corte na tarefa de interpretar Constituição, tais como *Marbury v. Madison* e *Brown v. Board of Education*, são os mais importantes⁵⁵. Nesse caso, a questão que se põe é se o Congresso Nacional norte-americano pode superar um precedente constitucional. Prevalece, nos Estados Unidos, que a única forma de o Congresso superar um precedente de tal natureza é através de emendas constitucionais⁵⁶. Em vista dessa dificuldade, Michael Gerhardt aponta que somente quatro precedentes constitucionais foram superados pelo Legislativo na história norte-americana⁵⁷.

Como se vê, o *stare decisis* quase sempre é problematizado em sua perspectiva

se ao direito inglês, a controvérsia, embora existente, revela-se significativamente menor. Caso aceita a tese, ingressa-se na importante (e às vezes criticada) distinção entre *strong common law constitutionalism* e *weak common law constitutionalism*. Para uma visão crítica (e cética) sobre esse tema, vale a pena conferir GOLDSWORTHY, Jeffrey. Unwritten Constitutional Principles. In: HUSCROFT, Grant. Expounding the Constitution: essays in constitutional theory. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 277-312.

⁵⁴ Sobre esse debate, consultem-se os seguintes artigos: FALLON JR., Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review, Volume 76, Number 2, p. 570-597, maio/2001. e HEALY, Thomas. *Stare Decisis and the Constitution: Four Questions and Answers*. 83 Notre Dame L. Rev. 697, p. 1173-1226, 2008.

⁵⁵ Uma boa tipologia dos precedentes é a de Brian C. Kalt. Ele divide os precedentes em três espécies: os *constitutional precedents*, já explicados no corpo do texto, os *statutory precedents*, em que as cortes firmam a interpretação de regras escritas com força de lei e os *common law precedents*, decorrentes do puro *case law*, em que as cortes criam doutrinas sem estarem amparadas por uma legislação prévia (KALT, Brian C. *Three Levels of Stare Decisis: Distinguishing Common-law, Constitutional, and Statutory Cases*. Texas Review of Law & Politics, vol. 8, 2003-2004, p. 277-281).

⁵⁶ “Um princípio básico do direito constitucional, que todos os *justices* e a maioria dos doutrinadores reconhecem, é que o Congresso não pode superar as decisões constitucionais da Suprema Corte através de leis ordinárias, e tem falhado o esforço do congresso para enfraquecer precedentes através de regulamentações que retiram competências das Cortes” (GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 9, tradução livre). No original: “A basic principle of constitutional law, which all justices and most scholars recognize, is that the Congress may not overturn the Court’s constitutional decisions through ordinary legislation, and congressional efforts have generally failed to weaken or undo precedents through regulations stripping them from falling within the Court’s jurisdiction”.

⁵⁷ GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 9.

horizontal⁵⁸, qual seja, a perspectiva de que a Corte deve respeitar os seus próprios precedentes. A perspectiva vertical, segundo a qual as cortes inferiores devem respeitar os precedentes das superiores, não costuma levantar maiores problemas na doutrina, estando bem embasada na tese da hierarquia das cortes⁵⁹.

Diante desse breve registro, intui-se que o *stare decisis*, conquanto descrito genericamente como a doutrina dos precedentes vinculantes, suscita debates diferentes ao longo do tempo – o que se constata, por exemplo, a partir da revisão da prática da *House of Lords* de não revogar precedentes – e em ordens jurídicas particulares.

Nas últimas décadas, tem-se observado uma gradativa aproximação entre as tradições do *civil law* e do *common law*, o que tem facilitado a percepção de que uma doutrina dos precedentes vinculantes não é incompatível com os sistemas baseados no direito escrito⁶⁰. A maleabilidade da doutrina do *stare decisis*, que não é um princípio fixo, tampouco imune às intempéries do tempo ou às idiossincrasias das diferentes ordens jurídicas, torna perfeitamente possível que cada Estado soberano, ainda que vinculado à tradição do *civil law*, encontre a sua forma de valorizar precedentes.

1.5 CONCEITOS OPERACIONAIS

1.5.1 Distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*

Como visto alhures, precedentes judiciais são decisões do passado que funcionam como modelos para decisões do futuro. Isso implica que as razões apresentadas pelas cortes exerçam, em algum grau, autoridade sobre futuros julgadores. No entanto, o estilo judicial das cortes do *common law* é rico em considerações a respeito dos fatos discutidos na causa⁶¹. Além disso, não existem limites previamente concebidos ao que as cortes do *common law* possam estabelecer como regras. É claro que os precedentes não são hierarquicamente

⁵⁸ Certamente é por isso que Frederick Schauer reserva o termo *stare decisis* somente à eficácia horizontal do precedente. A obrigação de decidir de acordo com os precedentes de cortes hierarquicamente superiores não seria, para Schauer, *stare decisis* (SCHAUER, Frederick. *Precedent*, p. 3. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em 02 de maio de 2017). A posição majoritária na doutrina, todavia, é a que distingue *stare decisis* horizontal e vertical.

⁵⁹ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009, p. 41-42.

⁶⁰ Sobre a questão, consulte-se, amplamente, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 25-83.

⁶¹ Esse é um dos mais aspectos mais importantes da doutrina dos precedentes no âmbito do *common law*. Sobre o tema, confirmam-se LAMOND, Grant. *Do precedents create rules?*, p. 15; MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 536-537.

superiores a leis ou a constituições, mas, no âmbito do *common law*, muitas áreas do direito, mesmo quando existiam textos legais ou constitucionais pertinentes, foram desenvolvidas quase exclusivamente a partir de precedentes⁶².

Seja pelo caráter minucioso quanto à descrição dos fatos, seja pela necessidade de estabelecer limites ao poder criativo das cortes, desenvolveu-se no *common law* a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*⁶³. No âmbito da teoria do precedente, designa-se *ratio decidendi* a parcela da decisão que contém autoridade, isto é, que contém a capacidade de governar decisões futuras, quando disserem respeito às situações semelhantes às do passado. Por outro lado, são chamadas de *obiter dicta* as afirmações judiciais que não estão imbuídas de tal autoridade.

Em geral, é difícil definir o que é *dicta* sem possuir uma concepção de *ratio decidendi*. Por isso, para que o leitor possa compreender o alcance dessa discussão, serão apresentadas duas teorias da *ratio* – a de Arthur Goodhart e a de Neil MacCormick – e, subsequentemente, a distinção entre precedentes e decisões plurais.

1.5.2 SOBRE A *RATIO DECIDENDI*

1.5.2.1 A teoria da *ratio decidendi* de Arthur Goodhart

Em 1930, Arthur Goodhart escreveu um ensaio clássico a respeito da natureza e da delimitação da *ratio decidendi*⁶⁴. O então professor de Oxford partiu das intuições de John Salmond, para quem o precedente é uma decisão que contém um princípio abstrato com força

⁶² SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer, p. 148 e seguintes.

⁶³ A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* permite identificar dois sentidos para o termo “precedente”: um amplo, que veio sendo trabalhado até o momento, e outro restrito, que diz respeito tão somente à parte da decisão que tem capacidade de vincular. Ou seja, em sentido restrito, precedente é apenas a parcela com autoridade. Na literatura especializada, ora se utiliza o termo em sentido amplo, ora se utiliza em sentido restrito, embora não seja difícil identificar quando se trata de um ou de outro, à luz do contexto. (MACCORMICK, D. Neil. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. London: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 323).

⁶⁴ Em geral, as obras sobre precedentes judiciais costumam tratar, por primeiro, da concepção de Eugene Wambaugh acerca da *ratio decidendi*, partindo daí para concepções mais contemporâneas. O objetivo desse tópico, todavia, não é se engajar em uma análise histórica do instituto, nem mesmo expor as concepções de *ratio* mais relevantes. A ideia aqui é muito mais modesta nesse momento: apresentar ao leitor a categoria teórica da *ratio*, para que se torne possível compreender os desenvolvimentos posteriores. A contribuição de Goodhart não é apenas importante por ser considerada um divisor de águas na matéria, mas também porque ela se apresenta para juristas de sistemas de direito escrito como profundamente perturbadora, na medida em que desvincula – como se verá – a *ratio* das razões apresentadas pelo julgador. Ainda que, ao final, não se concorde com Goodhart, a sua concepção de *ratio* é uma condição indispensável para acompanhar o desenvolvimento dos debates acerca da *ratio*.

de lei, e de John Chipman Gray, que defendia que somente tinha “peso de precedente” a opinião judicial que fosse necessária para o resultado do caso particular⁶⁵.

Para Goodhart, a *ratio decidendi* é o princípio contido no precedente, mas, ao contrário do que seu nome sugere, não consistiria nas *razões* apresentadas pelo juiz para alcançar o resultado. Determinar a *ratio* consistiria em identificar *os fatos materiais (ou relevantes), tais como interpretados pelo julgador* para alcançar o resultado do julgamento⁶⁶. Com isso, Goodhart pretendeu demonstrar que a tese jurídica enunciada pela Corte não tem valor de *ratio decidendi*, seja porque pode ser falsa (incorreta), seja porque pode ter sido formulada de modo muito amplo, seja porque pode ter sido formulada de modo muito restrito. O autor traz um argumento a partir do famoso caso Riggs v. Palmer:

Um exemplo notável de exagero do princípio envolvido em um caso pode ser encontrado em Riggs v. Palmer. O tribunal considerou que um legatário, que havia assassinado seu testador, não poderia herdar com base no testamento porque não se permite a ninguém "tirar proveito de seu próprio erro, nem fundar qualquer pretensão com base em sua torpeza, tampouco adquirir riqueza com o produto do próprio crime". Seria, naturalmente, possível dar um grande número de situações em que esta afirmação seria errada ou duvidosa. Seria aplicável, por exemplo, se o legatário tivesse negligentemente matado o testador em um acidente automobilístico⁶⁷?

Note-se que a Corte desenvolveu uma tese jurídica com três versões distintas: a) ninguém pode beneficiar-se do próprio erro; b) ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza; c) ninguém pode enriquecer com o produto do próprio crime. Percebe-se claramente que as teses são bastante amplas, conforme demonstrado pelo exemplo da morte do testador causada pela negligência do herdeiro. É nesse sentido que Goodhart diz que as razões apresentadas pelos juízes não integram a *ratio decidendi*, porque a formulação de teses seria bem menos importante para entender o precedente do que a seleção dos fatos materiais e a importância que o juiz atribui a eles no caso concreto. Em outras palavras, não seria a tese jurídica – o arranjo canônico das palavras escolhidas pela Corte como fundamento – que

⁶⁵ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. In: The Yale Law Journal, Vol. 40, Número 2, p. 161-183, Dez. 1930.

⁶⁶ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. In: The Yale Law Journal, Vol. 40, Número 2, Dez. 1930, p. 169. Para uma boa compreensão do pensamento de Goodhart, conferir, além do texto original, a obra de William Pugliese (Precedentes e a *civil law* brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 80-83).

⁶⁷ No original: “A striking example of an overstatement of the principle involved in a case may be found in Riggs v. Palmer. The Court held that a legatee, who had murdered his testator, could not take under the will, because no one shall be permitted ‘to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime’. It would, of course, be possible to give a large number of situations in which this statement would be wrong or doubtful. Would it apply, for example, if the legatee had negligently killed the testator in a motor accident?” (GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case, p. 166-167).

vincularia os futuros julgadores, mas o modo como os fatos foram tratados no caso concreto.

Goodhart delineou uma metodologia para dissecar a decisão judicial, realizando uma anatomia do julgado que independe da formulação canônica de uma regra⁶⁸. Assim, ele estabeleceu cinco regras para identificar a *ratio decidendi*.

As três primeiras são regras negativas, isto é, regras que indicam onde *não* se encontra a *ratio*. A *ratio* não se encontraria nas razões (primeira regra), nem nas teses jurídicas utilizadas pelo magistrado para desenvolvê-las (segunda regra), tampouco no conjunto de fatos que possam ser verificados no caso do passado (terceira regra). As duas últimas regras são positivas. De acordo com Goodhart, é necessário, para localizar a *ratio*, levar em consideração os fatos tratados como relevantes pelo juiz e nos quais ele se baseou para alcançar a conclusão (quarta regra), bem como é necessário estabelecer quais fatos foram considerados irrelevantes, já que saber o que é relevante depende, em grande parte, de determinar o que não é (quinta regra)⁶⁹.

Além disso, Goodhart desenvolveu outras dez regras para identificar quais são os fatos relevantes e quais são os irrelevantes, *tais como vistos pelo juiz*. Essa qualificação adicional (*tais como vistos pelo juiz*) exerce um papel central na mencionada teoria da *ratio*. Não há necessidade de apreciar todas, mas duas regras merecem particular atenção: as regras um e seis⁷⁰.

A regra um afirma que “todos os fatos relativos a pessoas, tempo, lugar, espécie e quantidade são imateriais, a menos que estabelecidas expressamente como materiais⁷¹”. De acordo com Goodhart, se as regras legais são iguais para todos e aplicam-se indiferentemente aos locais sob jurisdição, em princípio as circunstâncias ligadas a pessoas, tempo, lugar, espécie e quantidade não integram o conjunto de fatos relevantes. Logo, para a jurisdição, é indiferente se as partes são João e Pedro ou José e Francisco, nem se os fatos se deram no bairro “A” ou no bairro “B”, se foram no dia 20 de julho ou no dia 20 de agosto. A menos que tais circunstâncias sejam afirmadas como materiais – e, nesse caso, haverá a necessidade de uma justificação especial –, elas serão tidas como imateriais ou irrelevantes⁷².

⁶⁸ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case, p. 165.

⁶⁹ GOODHART, Arthur L. Idem., p. 182.

⁷⁰ As dez regras para identificar os fatos relevantes estão sumarizadas na conclusão do artigo (GOODHART, Arthur. Op. cit., p. 182-183).

⁷¹ Ibidem, p. 170 e 182 (tradução livre). No original: “All facts of person, time, place, kind and amount are immaterial unless stated to be material”.

⁷² Não se pode perder de vista, porém, que essa regra, a despeito de parecer tão intuitiva, possui uma influência forte de certa concepção de igualdade e de finalidades do Estado de Direito. Em um cenário em que há diferenças de direitos quanto a sexo, quanto a raça, quanto a religião, provavelmente a regra um de Goodhart não teria tal formulação.

A regra seis diz o seguinte: “todos os fatos que o juiz implicitamente trata como imateriais devem ser considerados imateriais⁷³”. Goodhart exemplifica seu uso a partir da anatomia de *Rylands v. Fletcher*. Nesse caso, o réu havia contratado um empreiteiro para construir um reservatório em seu terreno. Devido à negligência do empreiteiro contratado, a água escapou e inundou as minas do autor, gerando a responsabilização do réu. Goodhart observou que, embora o fato “negligência do empreiteiro” houvesse chegado à atenção da Corte, no momento de decidir, esse fato foi simplesmente ignorado. Nada se disse a respeito da negligência do empreiteiro. Diante disso, Goodhart conclui que o valor de precedente dessa decisão se limita aos fatos relevantes, tais como vistos pela Corte. Se a Corte, mesmo tendo sabido da negligência do empreiteiro, não tratou esse fato como relevante nos votos dos julgadores, então esse fato – pela sexta regra de identificação dos *material facts* – deve ser tratado como irrelevante. Logo, a importância das razões apresentadas pelos julgadores seria mediata, porque elas serviriam tão somente para identificar quais fatos são materiais e quais não são. As razões, nessa linha, não contêm a *ratio*, mas podem servir de guia para encontrá-la⁷⁴.

É óbvio que há problemas na concepção de *ratio decidendi* de Goodhart. O principal deles é a subvalorização da argumentação jurídica. Para Goodhart, as razões apresentadas pelos juízes são importantes apenas como mapas dos fatos materiais. Mas – como observam Rupert Cross e J.W. Harris – tão importante quanto saber quais são os fatos materiais é saber *por que* as Cortes os consideraram relevantes⁷⁵. Sem isso, é impossível determinar o grau de generalidade que deve ser aplicado a cada fato material, gerando muitas possíveis regras a partir de um mesmo precedente⁷⁶.

Tome-se como exemplo o caso *Donoghue v. Stevenson*. A Sra. Donoghue sofreu desconfortos físicos e psicológicos depois de consumir cerveja de gengibre de uma garrafa que continha os restos de um caracol decomposto. A cerveja havia sido comprada em um café – local aberto ao público – não pela Sra. Donoghue, mas por uma amiga sua. O recipiente da cerveja era feito de um vidro escuro e opaco, que não permitiu visualizar o defeito no produto. A discussão travada nesse caso era se a Sra. Donoghue, que não pagou pela cerveja e não tinha qualquer relação anterior com o fabricante, faria jus a ser indenizada por este pelos

⁷³ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case, p. 182 (tradução livre). No original: “*All facts which the judge impliedly treats as immaterial must be considered immaterial*”.

⁷⁴ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case, p. 175-176.

⁷⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. Precedent in English Law. Fourth Edition. Oxford: Clarendon Press Oxford, 2004, p. 70.

⁷⁶ Sobre o problema da generalidade, conferir, amplamente, STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. Modern Law Review, vol. 22, n. 6, pp. 597-620, nov./1959.

danos sofridos em razão do consumo da bebida⁷⁷.

A questão dos diferentes níveis de generalidade com que os fatos materiais podem ser descritos surge quando se pretende extrair uma regra para governar situações futuras semelhantes. Isso porque cada fato pode ser descrito com níveis diferentes de generalidade. Por exemplo, a garrafa opaca de cerveja pode ser descrita como (a) “garrafa opaca de bebida alcoólica industrializada”, (b) “produto industrializado, com embalagem não transparente, destinado ao consumo humano”, (c) “produto industrializado, com embalagem não transparente, destinado ao consumo”, (d) “produto industrializado com vícios ou defeitos ocultos”, (e) “produto industrializado potencialmente lesivo” etc.

A partir das descrições (a) e (b), *Donoghue* não seria precedente para os danos sofridos por um animal de estimação após ingerir ração estragada. Porém, se o mesmo fato for descrito como “produto industrializado, com embalagem não transparente, destinado ao consumo”, definitivamente *Donoghue* se aplica ao caso da ração estragada. Se o fato material for descrito pelas formas (d) e (e), esse precedente pode aplicar-se, inclusive, a veículos automotores com peças defeituosas⁷⁸.

Essas questões mostram que, a depender do grau de generalidade com que os fatos sejam descritos ou tomados, podem-se extrair diferentes regras. A única forma de estabelecer o nível adequado de generalidade – e certamente não é possível fazê-lo com total precisão, haja vista a textura aberta inerente à linguagem – é valorizar as razões apresentadas pelos julgadores como caminho para determinar a *ratio*, utilizando-se o método fático de Goodhart como um auxiliar para determinar o alcance do precedente⁷⁹.

1.5.2.2 *Ratio decidendi* como razões necessárias e suficientes

⁷⁷ Os detalhes do caso podem ser encontrados em SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, p. 46. Em português, consulte-se a tese de doutoramento de PUGLIESE, William Soares. *A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade*. 310 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016, p. 69.

⁷⁸ As considerações em relação à generalidade decorrem basicamente da crítica de Julius Stone a Goodhart (STONE, Julius. *The ratio of the ratio decidendi*, p. 603 e seguintes). Tais considerações foram endossadas por diversos autores que se dedicam à questão do precedente, a exemplo de Schauer (*Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, p. 50 e seguintes) e de Melvin Eisenberg (*The Nature of the Common Law*, p. 53-54).

⁷⁹ “As razões para o encontro da solução do caso são imprescindíveis para a compreensão racional do precedente e do caso sob julgamento. O método fático [o método Goodhart] importa como auxiliar, capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso tratado no precedente (*precedent case*), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática do caso dentro da moldura do precedente. Lembre-se, com efeito, que a distinção entre situações concretas apenas tem razão de ser quando representam hipóteses que, numa perspectiva valorativa e jurídica, efetivamente reclamam tratamento diferenciado” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 166).

Goodhart avançou muito a compreensão sobre a *ratio decidendi* no âmbito do *common law*, mas a sua teoria, como se viu, padece do grave defeito de não calibrar o grau de generalidade atribuído aos fatos. Com isso, cortes subsequentes poderiam requalificar fatos com a extensão que quiserem, formulando ora regras muito amplas, ora regras muito restritas.

Nos capítulos 3 e 4, debateremos com grande vagar o que e como precedentes efetivamente vinculam. Por ora, como um conceito provisório, pode-se dizer que a *ratio decidendi* sejam as razões necessárias e suficientes que suportam o julgamento de uma questão jurídica, nos termos defendidos por Neil MacCormick⁸⁰.

Em primeiro lugar, o jurista escocês sustenta que, em uma mesma decisão colegiada, é possível haver mais de uma *ratio decidendi*. Ele reconhece, no entanto, que isso cria uma dificuldade adicional para a operabilidade da doutrina do *stare decisis*, o que aponta para uma doutrina fraca ou persuasiva do precedente. A sua aposta é não tratar precedentes como decisões absolutamente vinculantes, mas, por outro lado, oferecer métodos claros de identificação da *ratio decidendi* (ou das *rationes*, se houver mais de uma)⁸¹.

Em segundo lugar, MacCormick utiliza o termo "necessário" não em seu sentido lógico (*conditio sine qua non*), e sim no sentido de obrigação. Logo, dentro do contexto justificatório e argumentativo do voto, somente é necessário aquilo que o julgador estava obrigado a decidir e a enfrentar. Por isso, considerações sobre fatos hipotéticos ou questões não postas pelas partes não podem constituir *ratio decidendi*. Constituirão *obiter dicta*⁸².

1.5.2.3 *Ratio decidendi* e decisões plurais

Suponha um órgão colegiado com cinco julgadores. Os cinco votam no sentido de prover um determinado recurso, mas, no total, apresentam-se os fundamentos “a”, “b” e “c”. Dois julgadores provêm o recurso com base em “a”, dois com base em “b” e o quinto com base em “c”. Como identificar a *ratio*?

Em geral, existem dois modelos de apresentação da justificativa: *seriatim*, em que se apresenta uma série de votos, um para cada julgador, caso em que, juntos, formam o

⁸⁰ MacCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito, p. 203.

⁸¹ Idem, p. 203-204.

⁸² Ibidem, p. 204-209. Veremos, no capítulo 3, que a cultura brasileira dos precedentes é a de tratar como *ratio decidendi* aquilo que a Corte diz que é a *ratio*. No recurso extraordinário 669.069, o Supremo quase aprovou uma tese jurídica sobre a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário quando o fato constituísse improbidade ou conduta penal típica, sendo que os fatos do caso diziam respeito a um acidente automobilístico. Graças à intervenção do Ministro Roberto Barroso, aprovou-se uma tese mais aderente aos fatos, que foi a prescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário decorrentes de ilícito civil. Como a questão será tratada pormenorizadamente no capítulo 3, esse breve resumo é o que basta no momento.

acórdão, e o *per curiam*, em que a justificativa é apresentada em um texto único, em que a opinião da maioria passa a ser a opinião da Corte⁸³.

Os países que adotam o controle concentrado de constitucionalidade têm por cultura realizar deliberações internas, fechadas (secretas), não precedidas de sustentação oral e com justificativa apresentada em texto único (opinião da Corte ou *per curiam*)⁸⁴. Já a tradição inglesa, seguida inicialmente pelos norte-americanos, é diametralmente oposta: têm-se deliberações externas e públicas, precedidas de sustentação oral e com justificativa plural⁸⁵.

Na realidade, embora a tradição norte-americana tenha se iniciado com apresentação da justificativa pelo modelo *seriatim*, a Suprema Corte tem adotado o modelo *per curiam* em um formato mitigado, isto é, a maioria lavra um texto único, mas os julgadores vencidos, se o desejarem, podem lavrar os votos em sentido contrário (*separate opinion*)⁸⁶.

⁸³ VALE, André Rufino do. Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 109.

⁸⁴ “Segundo Ferejohn e Pasquino, a deliberação interna envolve a troca de razões e argumentos no interior de um grupo, no intuito de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma determinada direção. Já a deliberação externa consiste no esforço de convencer atores externos ao grupo. No caso dos tribunais, então, a deliberação interna diz respeito ao fluxo de argumentos entre os juízes, ou seja no interior do próprio tribunal; já a deliberação externa diz respeito ao fluxo de argumentos entre o tribunal e o mundo externo a ele. A partir dessa distinção, (...) é possível perceber uma diferença crucial entre os modelos europeu e norte-americano: no primeiro, a deliberação é sobretudo interna; no segundo, é externa. Como já foi apontado anteriormente, no modelo europeu raramente há audiências e sustentações orais, os juízes não dialogam com advogados e, o que aqui mais importa, as decisões são tomadas a portas fechadas, em muitos casos sem a possibilidade de votos divergentes. Quais são as consequências desse modelo de deliberação? A principal delas reside no fato de que os juízes, ao decidir em conjunto, sem grandes possibilidades de divergência, argumentam internamente, sem se expor individualmente para o exterior, e podem tentar - e sempre tentam - chegar a uma decisão única, institucional, clara, objetiva e de consenso”. (SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito administrativo, n. 250, p.197-227, Rio de Janeiro: FGV, 2009, p.210-211).

⁸⁵ “O modelo de decisão *seriatim* corresponde à tradição dos órgãos judiciais colegiados do *Common Law* (*The Common Law Courts*), como, por exemplo, o *King's Bench*, cujas sessões deliberativas ficaram caracterizadas pelo pronunciamento 'em série' (*seriatim*) dos discursos (*speech*) individuais de cada juiz, os quais eram dessa forma consignados nos textos das decisões destinados à publicação (*published reports*). O costume britânico de proferir e publicar decisões na forma de *seriatim opinions* foi incorporado pela Câmara dos Lordes (*House of Lords*), que, no exercício da função judicial pela *Law Lords* - ressalte-se, sempre considerada não muito distinta daquela exercida por um organismo legislativo, como é a *House of Lords* - por muito tempo manteve a prática de se manifestar através do conjunto das decisões individuais de cada juiz, as *opinions of the Lords*. Esse tradicional modelo apenas sofreu algumas modificações no recente ano de 2009, com a criação da *Supreme Court of the United Kingdom*, a qual assumiu as funções judiciais antes exercidas pela *Law Lords* e incorporou uma prática de apresentação institucional do resultado de suas deliberações que ainda proclama as opiniões dos Lordes, mas que desde então passou a ser alvo de contundentes críticas e, muito provavelmente, deverá ser objeto de alguma reforma que o torne mais próximo dos modelos *per curiam*” (VALE, André Rufino do. Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p.115).

⁸⁶ Como demonstra André Rufino do Vale, essa aproximação com o modelo *per curiam* remonta à época de John Marshall: “A partir de 1801, sob o comando de Marshall, os *Justices* deixaram paulatinamente o costume de proclamar individualmente seus votos e passaram a estar mais comprometidos com a representação da unidade institucional da Corte, através da construção colegiada de uma única decisão, a *opinion of the Court*, dotada de uma única *ratio decidendi*. A redação seria então incumbida ao *Chief Justice*, que no caso era Marshall, mas o texto deveria expressar, ao invés de sua posição pessoal, a opinião do colegiado de juízes, em uma única voz (*speak in one voice*). (...) Assim, fixou-se na Suprema corte norte-americana a prática que privilegia a

Pela perspectiva da teoria dos precedentes, a principal vantagem da apresentação da justificativa em texto único é facilitar a identificação da *ratio decidendi*, além de favorecer a estabilidade das decisões da Corte, porque cria uma impessoalidade entre os julgadores e a decisão. Mas a verdade é que se perde bastante em transparência, pois, trazidos à luz os “pontos fracos” da fundamentação, permite-se um diálogo mais fecundo com a crítica especializada e com a sociedade. O modelo que parece ideal é o atualmente utilizado pela Suprema Corte americana, em que a maioria vencedora lavra um texto único chamado *Opinion of the Court*, mas os julgadores vencidos, se assim o desejarem, podem declarar os votos em sentido contrário (*separate opinions*)⁸⁷.

Retorne-se, por ora, ao exemplo em que a corte julga de forma unânime pelo acolhimento da pretensão recursal, mas não há nenhum fundamento compartilhado pela maioria. Nesse caso, Luiz Guilherme Marinoni, secundado pela experiência dos norte-americanos, sustenta tratar-se não propriamente de precedentes, mas sim de decisões plurais⁸⁸.

A apresentação de um texto único, preferencialmente na forma mitigada, tem a vantagem de diminuir a possibilidade de decisões plurais. Embora a doutrina registre técnicas que visam extrair *ratio decidendi* dessas decisões, a exemplo da *narrowest grounds*⁸⁹, quando uma decisão colegiada não possui um único fundamento que tenha sido suportado pela maioria, questiona-se a capacidade de guiar a solução para casos futuros, porque há mensagens inconsistentes da Corte para a sociedade e para os demais operadores do direito⁹⁰.

É claro que mesmo uma decisão plural pode ter grande utilidade para julgadores futuros, na medida em que podem consultar a posição de determinada corte ao menos no que toca ao resultado da demanda. Não obstante, a função de desenvolver o direito não é desempenhada nesses casos, já que a corte do passado não consegue oferecer razões

apresentação pública das decisões na forma de *opinion of the Court* (que a aproxima do modelo *per curiam*) e ao mesmo tempo permite o pronunciamento das divergências por meio das *separate opinions* (*concurring or dissenting opinions*) de cada Justice (que a aproxima do modelo *seriatim*), a qual permanece até os dias atuais” (VALE, André Rufino do. Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 113-114).

⁸⁷ Para maiores considerações sobre as vantagens e desvantagens dos modelos *seriatim* e *per curiam*, consulte-se MENDES, Conrado Hübner. Constitutional Courts and deliberative democracy. Oxford University Press, 2014. O autor endossa, inclusive, a opinião de que um modelo como o atualmente adotado pela Suprema Corte americana, mesclando elementos do *seriatim* e do *per curiam*, parece ser a opção mais equilibrada.

⁸⁸ “Decisão plural é uma decisão majoritária que contém em si duas *rationes* ou fundamentos determinantes, sem com que qualquer deles esteja amparado pela maioria do colegiado. Em outras palavras, uma decisão plural é majoritária quanto ao resultado, mas incapaz de gerar *ratio decidendi*, na medida em que nenhum dos fundamentos nela contidos são sustentados pela maioria” (MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão de recurso diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.39).

⁸⁹ Sobre *narrowest grounds*, conferir MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão de recurso diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.61.

universalizáveis e coerentes que promovem a unidade do ordenamento jurídico.

1.5.3 Sobre o *obiter dictum*

Compreendendo que a *ratio decidendi* consiste no fundamento necessário e suficiente, compartilhado pela maioria dos julgadores, para resolver uma questão de direito, fica mais simples entender o que é o *obiter dictum*. Nessa linha, são *obiter dicta* as proposições judiciais que não são necessárias para alcançar o julgamento da questão controvertida. Os teóricos do precedente costumam apontar como exemplos típicos de *dicta* as proposições judiciais que se referem a fatos hipotéticos e a questões não debatidas entre as partes⁹¹.

Posta desta maneira, a questão parece ser muito simples, quase elementar. No entanto, no âmbito do *common law*, advogados e julgadores investem muito tempo em qualificar certa proposição como *ratio* ou como *dictum*⁹², disputando-se os limites da autoridade do precedente como em um cabo de força. Não é raro, portanto, que um *dictum* seja inadvertidamente tomado como *ratio*.

No contexto brasileiro, um exemplo de *dictum* que chegou a ser interpretado como *ratio* por alguns juízes foi a afirmação do Ministro Humberto Gomes de Barros no Recurso Especial 954.859, no sentido de que o advogado que não comunicasse ao seu cliente a intimação do cumprimento de sentença, nos termos do antigo 475-J do Código de Processo Civil (equivalente ao § 1º do artigo 523 do Código atual), passaria a ser responsável pela multa de 10%⁹³. Ocorre que essa afirmação, embora possa ser dotada de eficácia persuasiva, não era necessária para resolver a questão que o STJ tinha diante de si e, por isso, não constituiu *ratio decidendi*⁹⁴.

Portanto, é necessário deter-se com bastante atenção naquilo que foi efetivamente debatido entre as partes para discernir *ratio* e *dictum*.

1.5.4 *Overruling* ou superação do precedente

Overruling é a técnica pela qual se supera a autoridade do precedente. Depois de

⁹¹ DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 68.

⁹² ABRAMOWICZ, Michael B. Defining Dicta, p. 5.

⁹³ REsp 954.859/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 16.08.2007 e publicado em 27.08.2007

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, p. 202.

overruled, a decisão pretérita perde a sua qualidade de precedente. Todavia, quando realizam o *overruling*, cortes não simplesmente revogam o antigo entendimento. Elas o substituem por um novo precedente, que passa a governar os casos subsequentes similares⁹⁵.

O *overruling* não é um poder concedido a toda e qualquer corte. Na realidade, os tribunais que estiverem verticalmente vinculados ao precedente não dispõem de poderes de superação. Em princípio, eles possuem uma escolha binária, qual seja, seguir o precedente ou demonstrar a sua inaplicabilidade⁹⁶. Por outro lado, o que parece razoavelmente simples e intuitivo na relação entre cortes de diferente hierarquia torna-se desafiador no plano da autoridade horizontal. Ora, se o precedente vincula a própria corte, como pode haver a revogação do precedente? Se ela dispõe de poderes para revogar, ainda é possível falar em vinculação?

A base do *stare decisis* é que cortes repute decisões anteriormente tomadas como corretas em seus fatos⁹⁷. Portanto, é de certo modo paradoxal que uma corte esteja vinculada, mas, ainda assim, possa revogar seu entendimento. Não foi à toa que, entre 1898 e 1966, a *House of Lords*, então Corte Suprema do Reino Unido, entendeu-se tão inextricavelmente vinculada às suas decisões pretéritas, que sequer reconhecia o poder de revogar seus próprios precedentes, como visto no tópico anterior.

A resposta mais promissora a esse respeito é que as cortes devem abster-se de revogar o precedente *simplesmente* por reputá-lo incorreto. Dito de outro modo, o equívoco de determinado entendimento não é motivo suficiente para revogar o precedente⁹⁸. Boa parte dos teóricos do *common law* aduz que, para além do erro, são necessários outros motivos para realizar o *overruling*.

No âmbito dos Estados Unidos, o problema do *overruling* assume contornos mais dramáticos no contexto dos precedentes constitucionais. Isso porque, conforme mencionado, há a preocupação de que decisões equivocadas – e, neste sentido, inconstitucionais – prevaleçam sobre o texto constitucional. Não obstante esse debate tenha relevância em

⁹⁵ DUXBURY, Neil, *Nature and authority of precedent*, p. 117. Entende-se que a melhor tradução para o *overruling* não é a revogação, mas sim a superação do precedente. Isso porque as cortes não se restringem a retirar a autoridade de uma decisão pretérita. Concomitantemente, elas estabelecem uma nova diretriz para os casos futuros. Mesmo assim, eventualmente se utilizará a palavra “revogação”, mas sem o intuito de obscurecer o fato de que cortes não simplesmente extinguem a autoridade do precedente.

⁹⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*, p. 57.

⁹⁷ LAMOND, Grant. *Do precedents create rules?*, 11 *Legal Theory*, p. 1-26, Cambridge University Press, 2005, p. 16.

⁹⁸ Essa ideia é particularmente importante em tribunais em que há constante modificação de seus julgadores. Como bem observou Ronaldo Cramer, a jurisprudência – aqui em sentido bastante lato – de um tribunal não pode variar simplesmente por causa de mudanças na composição dos seus desembargadores ou ministros (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*, p. 147).

qualquer sistema jurídico que busque compatibilizar *stare decisis* e constituição escrita, no caso do direito norte-americano há tons agravantes, dada a enorme força do discurso originalista, isto é, do discurso de que as decisões fundamentais foram tomadas pelos Pais fundadores, cuja autoridade deve ser respeitada⁹⁹.

No contexto específico dos precedentes constitucionais norte-americanos, podem-se vislumbrar duas posições doutrinárias a esse respeito. A primeira, chamada de concepção fraca, descreve uma postura de pouca ou nenhuma deferência ao precedente constitucional, de modo que a sua revogação (*overruling*) depende apenas de a Corte atual reputar que seus antepassados cometeram um equívoco. A concepção forte, a seu turno, considera os precedentes como a principal fonte do direito¹⁰⁰ e, assim, a revogação (*overruling*) depende de uma justificação especial, algo que vá além da simples afirmação de que a decisão passada não seja a melhor¹⁰¹.

Melvin Aron Eisenberg, um dos mais prestigiados teóricos sobre a natureza do *common law*, afiança que as cortes revogam precedentes quando eles deixam de corresponder aos padrões de congruência social e de consistência sistêmica, superando o dever de estabilidade a que a jurisdição está submetida. Para ele, as cortes do *common law*, quando decidem os conflitos, empregam não só fontes jurídicas dogmáticas, como leis e precedentes, mas padrões de moralidade, de conveniência e de experiência amplamente aceitos pela sociedade, evitando surpreender os litigantes com raciocínios que não poderiam ser intuídos contemporaneamente ao conflito¹⁰².

Ravi Peixoto pondera, entretanto, que uma doutrina forte da autoridade horizontal do precedente pode conduzir a sérios problemas. Ele observa que, no julgamento do recurso extraordinário n. 250.844/SP, o Ministro Marco Aurélio havia encaminhado seu voto no sentido de que as entidades educacionais sem fins lucrativos, uma vez comprovada a imunidade tributária, estariam desoneradas da manutenção rigorosa dos seus livros fiscais¹⁰³.

⁹⁹ Sobre originalismo norte-americano, confira-se BEATTY, David. M. A essência do Estado de direito, p. 9-27.

¹⁰⁰ Principal não está no sentido de fonte hierarquicamente superior. Está no sentido de que são as fontes mais empregadas pelas partes nas disputas judiciais. Todavia, precedentes não-constitucionais são superados por leis (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 53), assim como precedentes constitucionais são superados por emendas constitucionais (GERHARDT, Michael J. The Power of Precedent. Oxford: Oxford University Press, p. 9).

¹⁰¹ GERHARDT, Michael J. The Power of Precedent. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 47-77. Em verdade, depois de expor as origens e as justificativas para cada concepção, Michael Gerhardt esforça-se para demonstrar que, na prática, nenhuma das concepções descreve adequadamente a postura da Suprema Corte americana, enquanto instituição, em relação à eficácia horizontal dos precedentes.

¹⁰² EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law, p. 1-3 e 104-127. De forma mais ampla, em língua portuguesa, consulte-se MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, p. 252-261.

¹⁰³ Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 250.844, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 29.05.2012 e publicado em 19.10.2012.

Diante da intervenção precisa do Ministro Luiz Fux, aquele entendimento não prevaleceu – o relator reajustou o voto. Todavia, se houvesse prevalecido, a revogação do precedente, indaga-se Peixoto, estaria condicionada a fatores distintos do erro¹⁰⁴?

É preciso concordar com que há erros e erros. Alguns, muito graves, devem ser corrigidos de imediato, ainda que não se possa afirmar que houve, entre a formação e a revogação do precedente, uma mudança no quadro fático de congruência social e de consistência sistêmica¹⁰⁵.

Ao que parece, a melhor ponderação para o problema é que os equívocos não sejam considerados motivos isoladamente suficientes para o *overruling*, principalmente aqueles que apenas refletem uma das várias interpretações aceitáveis a respeito de um texto jurídico. Para realizar o *overruling*, é necessário que se argumente de forma consequencialista, demonstrando não só o equívoco, como também a inconveniência do entendimento. Não seria difícil, no exemplo dado por Ravi Peixoto, argumentar que o hipotético precedente incentivaria (ou intensificaria) o uso de entidades beneficentes para “lavar dinheiro” e para gerar “confusão patrimonial”, mascarando o cometimento de ilícitos criminais e civis. De toda sorte, não existe métrica perfeita, de modo que, quão mais evidente for o erro, menor o ônus argumentativo de viés consequencialista¹⁰⁶.

1.5.5 *Distinguishing* ou técnica da distinção

Conforme visto nos itens 1.2 e 1.3, precedentes são decisões do passado que funcionam como modelos para futuras decisões a respeito de casos similares. Assim, a justificação mediante precedentes exige que dois casos, juridicamente similares entre si, recebam o mesmo tratamento jurídico, a menos que exista uma razão fática particularmente forte para não aplicar o precedente. Consistindo precisamente na afirmação de que o caso subsequente apresenta peculiaridades que tornam inaplicável a *ratio decidendi*, a técnica da distinção – chamada de *distinguishing* no universo do *common law* – pode ser empregada por qualquer juiz e corte¹⁰⁷.

¹⁰⁴ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica, p. 179-181.

¹⁰⁵ É claro que, mesmo utilizando a doutrina de Melvin Eisenberg, poder-se-ia argumentar que tal precedente já nasceu sem observância das diretrizes da congruência social e da consistência sistêmica, as quais governam não só a revogação, mas, sobretudo, a formação dos precedentes.

¹⁰⁶ Os propósitos desta seção não justificam maiores aprofundamentos sobre *overruling* (superação do precedente). Para maiores considerações, remete-se o leitor às referências tratadas no tópico.

¹⁰⁷ O *distinguishing* será abordado no capítulo 4. Mas, apenas para oferecer imediatamente sugestões de leitura, consulte-se DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, p. 113 e seguintes; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 231 e seguintes.

Postas as coisas dessa maneira, é tentador qualificar o *distinguishing* como um mero juízo de não identidade (ou não similaridade suficiente) entre o caso de agora (*instant case*) e o caso do precedente (*precedent case*). Não obstante, demonstrar-se-á que o *distinguishing*, longe de ser um simples caso de não-incidência de uma norma a um caso, representa um método colaborativo de criação do direito, que torna o *stare decisis* mais flexível do que se imagina. No entanto, esse tema será visto detalhadamente no capítulo 4.

1.6 JURISPRUDÊNCIA, SÚMULAS E PRECEDENTES

A palavra “jurisprudência” é polissêmica. Rodolfo de Camargo Mancuso, em síntese bastante interessante, identifica cinco sentidos distintos para a expressão: a) como ciência do direito; b) como direito aplicado pelos operadores; c) como a doutrina jurídica sobre determinado tema; d) como a somatória global de todos os julgados dos Tribunais de um Estado soberano; e) como a coleção ordenada e sistematizada de decisões de um Tribunal ou de um tema jurídico¹⁰⁸. O presente tópico pretende trabalhar o sentido “e” de jurisprudência, qual seja, o conjunto de decisões harmônicas e reiteradas de um Tribunal acerca de um determinado.

Michele Taruffo indica uma diferença quantitativa e outra qualitativa entre jurisprudência e precedente. Segundo ele, quando se fala em jurisprudência, costuma-se aludir a uma pluralidade de decisões relativas a diversos casos. Todavia, em sistemas que adotam o precedente como fonte de direito, uma única ou, às vezes, algumas poucas decisões constituem o precedente. De forma ainda mais importante, há uma diferença qualitativa entre os fenômenos. O precedente fornece uma regra universalizável que pode ser aplicada a casos futuros mediante um juízo analógico. Por isso, diz Taruffo, “a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos¹⁰⁹”.

É necessário deter-se um pouco mais na diferença qualitativa. Em primeiro lugar, Taruffo destaca que o uso dos precedentes, ao contrário do trabalho com a jurisprudência, exige um juízo de analogia que, ao fim e ao cabo, é decidido pelo juiz do caso atual. Isso quer dizer que, no pacto intertemporal entre juizes, é o julgador do presente quem, segundo

¹⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. Sistema brasileiro de precedentes. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

¹⁰⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência, p. 142-143.

Taruffo, efetivamente especificará a *ratio* do precedente¹¹⁰.

Em segundo lugar, Taruffo encarece que o uso dos precedentes, quando comparado ao trabalho com a jurisprudência, implica uma atenção muito maior aos fatos do caso. Deveras, quando se utiliza a jurisprudência, normalmente se destaca o resultado da solução de uma questão sem preocupar-se tanto com a precisa delimitação fática dos vários casos julgados¹¹¹. Os detalhes se perdem. Sobre esse ponto, há pleno acordo com Taruffo. Nada pode demonstrar isso melhor do que o cotejo entre súmulas e precedentes.

Súmulas – ou enunciados da Súmula, como preferia José Carlos Barbosa Moreira¹¹² – são enunciados que sintetizam decisões convergentes de um Tribunal acerca de determinado tema. Nessa linha, súmulas representam uma manifestação particular da jurisprudência, já que, em última instância, consistem em enunciados que descrevem as posições dominantes dos Tribunais¹¹³.

Um exemplo esclarecerá o ponto que se quer desenvolver. Considere o enunciado 392 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”.

No recurso especial n. 1.372.243, debateu-se o caso de uma execução fiscal, ajuizada pela União em face de uma sociedade empresária, em que se descobriu que a executada havia falido antes mesmo da propositura do feito¹¹⁴. O STJ teve de decidir, a propósito do enunciado 392 de sua Súmula, se, naquela circunstância, a Fazenda Pública poderia alterar a certidão de dívida ativa para constar a qualidade de falido ou se, ao contrário, o processo teria de ser extinto por implicar modificação do sujeito passivo.

¹¹⁰ Ibidem, p. 143. Essa afirmação de Taruffo está longe de ser pacífica. Como explica Neil MacCormick, podem-se identificar dois extremos teóricos acerca da *ratio decidendi*: de um lado, concepções formalistas da *ratio*, que creem na capacidade de enunciar claramente o princípio que governa a decisão e, do outro, concepções antiformalistas, para as quais a *ratio* seria apenas “uma proposição jurídica de uma decisão anterior que uma corte posterior considera conveniente destacar para justificar a sua própria decisão” (MacCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução Conrado Mendes Hubner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 194).

¹¹¹ TARUFFO, Michele. Op. Cit., p. 143-144.

¹¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: *Temas de Direito Processual* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 303.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, p. 159. Não é à toa que, para Luiz Guilherme Marinoni, súmulas são metalinguagem, isto é, descrevem decisões judiciais (as quais são linguagem). Propor a distinção entre precedentes e súmulas na perspectiva de linguagem e metalinguagem oferece um horizonte muito interessante de análise. Tomadas como metalinguagem, as súmulas seriam capazes de orientar julgadores futuros quando reconduzidas aos precedentes que a geraram. Todavia, tomada a própria súmula como linguagem – e não como metalinguagem –, esquece-se o seu caráter referencial, tratando-a como padrão abstrato semelhante às regras legais.

¹¹⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1372243/SE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 11.12.2013, DJe 21.03.2014.

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, na qualidade de relator, entendeu que a execução fiscal teria de ser extinta, à luz da impossibilidade de modificar o sujeito passivo, porque o ajuizamento se deu em face da empresa devedora em vez da massa falida, que seria a responsável pelo patrimônio remanescente da empresa. Continuando, o Ministro afirmou que substituir a empresa pela massa falida no curso da execução implicaria “alterar o título executivo”, o que não encontraria “amparo ou abono no CTN e na Lei 6.830, que são os dois principais diplomas que instituem as garantias do devedor”¹¹⁵.

Todavia, essa não foi a tese vencedora. O Ministro Og Fernandes, redator para o acórdão, abriu a divergência. Em seu voto, explicou que, em sua concepção, a decisão em sentido contrário não afrontaria a súmula 392, porque, em decisões anteriores, a corte já havia assinalado que “a decretação da falência não implica extinção da personalidade jurídica da empresa” e que a massa falida não passa de uma “universalidade que sucede, em todos os direitos e obrigações, a pessoa jurídica”¹¹⁶.

A decisão é, a um só tempo, elogiável e criticável.

Elogiável, porque a dúvida sobre se a súmula 392 é aplicável à massa falida foi debelada a partir de precedentes da própria corte. Em outras palavras, o STJ agiu a partir de razões universalizáveis, que se aplicam não só ao contexto original da decisão, mas também a outros contextos assemelhados.

Todavia, a decisão é criticável porque, surgida a dúvida sobre o alcance da súmula 392, não houve qualquer tentativa de recuar aos precedentes que a geraram, a fim de aplicá-la de forma aderente às justificações. Em outras palavras, a súmula 392 foi tratada como uma regra legal.

¹¹⁵ Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1372243/SE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 11.12.2013, DJe 21.03.2014.

¹¹⁶ Os trechos destacados dizem respeito à seguinte passagem: “Verifico, a partir da leitura do voto do Relator do feito sob julgamento, que o em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho consignou, em seus fundamentos, que a modificação do polo passivo afrontaria a orientação firmada pela Súmula 392 do STJ. Com a devida vênia, entretanto, quer me parecer que não estaríamos violando a orientação fixada pela referida Súmula, porquanto não alteraríamos, exatamente, o polo passivo da execução, mas, tão somente, como bem mencionou o em. Ministro Herman Benjamin ao relatar o Recurso Especial 1.192.210/RJ, ‘(...) a corrigir a informação relativa à condição do sujeito passivo (isto é, em estado falimentar)’. Note-se, nesse mesmo sentido, que, a teor dos precedentes deste Tribunal, ‘a decretação da falência não implica extinção da personalidade jurídica da empresa. Por meio da ação falimentar, instaura-se processo judicial de concurso de credores, no qual será realizado o ativo e liquidado o passivo, para, ao final, em sendo o caso, promover-se a dissolução da pessoa jurídica, com a extinção da respectiva personalidade. A massa falida, como se sabe, não detém personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária – isto é, atributo que permite a participação nos processos instaurados pela empresa, ou contra ela, no Poder Judiciário. Trata-se de universalidade que sucede, em todos os direitos e obrigações, a pessoa jurídica’”.

1.7 O PACTO INTERTEMPORAL

É profundamente perturbador, do ponto de vista teórico, que não exista regra escrita alguma que determine aos juízes do *common law* seguir precedentes. A ideia de que exista um princípio não-escrito que direciona para uma metodologia em que decisões do passado devem ser mantidas decorre exclusivamente de um imperativo racional para prevenir injustiças e ineficiências¹¹⁷. Por certo, não houve uma convenção de juízes, tampouco se escreveu um livro secreto apenas aos iniciados. Quando se fala em pacto, quer-se destacar que o direito depende fundamentalmente da internalização e do compartilhamento de crenças e de objetivos entre sujeitos diversos. Sem isso, não há sistema jurídico.

Neil Duxbury, de forma precisa, notou que, antes do positivismo hartiano, não havia discurso teórico que satisfizesse a existência do *stare decisis*. As teorias positivistas mais clássicas vão supor que o fato social de onde emana o direito seja a força¹¹⁸. Como a pedra de toque sempre foi a sanção, não fazia sentido dizer que juízes estavam obrigados a seguir precedentes diante da inexistência de qualquer consequência estatal para a desobediência.

H.L.A Hart, em *O Conceito de Direito*, esforçou-se para construir uma teoria em que o fato social último de um sistema jurídico não seja a força. A existência de um sistema jurídico depende da internalização de certos critérios para reconhecer o que é obrigatório (regra de reconhecimento), bem como que os padrões reconhecidos sejam utilizados para avaliar e criticar as próprias condutas e as condutas alheias (ponto de vista interno). Hart não explica como acontece essa internalização, como a sociedade resolve que a deliberação tomada por certo conjunto de pessoas seja lei, ou que o escrito em certo documento valha

¹¹⁷ Nessa linha, confirmam-se as lições de Neil Duxbury: “*Stare decisis* não costuma decorrer de um mandamento constitucional ou de uma lei, mas de uma imposição das cortes a elas mesmas. O *common law* adotou a doutrina do precedente (...) porque efetivamente desenvolve a estratégia de autovinculação para prevenir injustiças, ineficiências e outras fraquezas que poderiam obstruir o processo decisório caso juízes justificassem cada questão jurídica como se fosse inédita, com absoluta discricionariedade e sem nenhuma consideração à sabedoria judicial duramente adquirida ao longo do tempo” (DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 116. No original: “*Stare decisis* is usually not a constitutional or a statutory requirement, but one which courts impose on themselves. When a common law system adopts a doctrine of precedent (...) it effectively develops a strategy of self-binding to guard against the injustices, inefficiencies and other weaknesses that would beset the adjudicative process if judges reasoned every point of law afresh, with complete discretion and without any regard to hard-won judicial wisdom”).

¹¹⁸ Para Austin, a existência de um soberano que comanda na base da ameaça é o fato último do direito (AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined; and, The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998). Para Kelsen, a existência de uma ordem social coativa e eficaz (o Estado) é o fato último do direito (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003). Para uma visão introdutória do pensamento de John Austin e Hans Kelsen, consulte-se SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

como testamento. Mas o que está na base dos exemplos é a internalização dessas convenções, é a confiança estabelecida entre as pessoas de que determinados padrões são obrigatórios, porque existe uma forte pressão social no sentido de que sejam observados¹¹⁹.

O positivismo hartiano permite sustentar que os juízes ingleses (e de outros países filiados à tradição do *common law*) reconhecem a existência de uma regra que os obriga a seguir precedentes. Não segui-los torna-se, desse modo, objeto de severa crítica sob uma perspectiva normativa e institucionalizada, ainda que não exista uma sanção funcional para o comportamento desviante¹²⁰⁻¹²¹.

Independentemente de se aceitar ou não a base do pensamento hartiano, o fato é que um sistema de precedentes depende mais da colaboração de juízes de diferentes gerações

¹¹⁹ HART, H.L.A. O Conceito de Direito. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. O pensamento de Hart será apresentado com mais detalhes no capítulo seguinte. Em sua obra mais recente, Frederick Schauer analisa se relação entre direito e coerção (SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Harvard University Press, 2015).

¹²⁰ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 20-21. A explicação completa depende de outros elementos da teoria hartiana, que, por razões, de espaço e de escopo, foram abreviadas.

¹²¹ Boa parte do direito inglês baseia-se em tradições que não estão escritas em lugar algum. Um dos exemplos mais notáveis do caráter tradicional do direito inglês reside em sua própria Constituição não escrita. Adam Tomkins, prestigiado autor de direito público, destaca que existem convenções de natureza constitucional que, embora não estejam escritas em lugar algum, vinculam comportamentos políticos com notável intensidade: “Uma convenção constitucional é uma regra constitucional de comportamento não jurídica, mas ainda assim obrigatória. (...) Uma convenção é obrigatória não por causa da ameaça de sanção judicial, mas por causa de uma das seguintes duas razões, quais sejam, quer por causa das consequências políticas que podem resultar da falta de observância, quer porque a(s) pessoa(s) vinculada(s) pela convenção simplesmente sinta essa sensação de estar vinculada tão fortemente que não quererá afastar-se disso. (...) Um exemplo de uma convenção que se segue simplesmente por causa do peso de sua própria autoridade - ou seja, porque as pessoas a quem se aplicam sentem que devem observá-las - é a convenção relativa à nomeação do Primeiro-Ministro. Legalmente, a Rainha pode nomear quem ela quiser para ser seu Primeiro-Ministro: absolutamente qualquer um, seja um deputado ou não, seja um Parente ou não, seja cidadão ou não. Na verdade, legalmente, se a Rainha assim escolher, ela não precisa nomear ninguém para o escritório. Não há nenhuma exigência legítima de que haja um Primeiro-Ministro - o próprio gabinete é fruto da convenção, não da lei. No entanto, essa posição jurídica não representa a realidade contemporânea. Na prática, a Rainha nomeia como Primeiro-Ministro a pessoa que seja o líder do partido político que comanda a maioria dos assentos na Câmara dos Comuns. Ela não escolhe quem quer. Ela sempre nomeia alguém e essa pessoa é sempre a pessoa que é líder do partido político com uma maioria ampla de assentos na Câmara dos Comuns” (TOMKINS, Adam. *Public law*. Clarendon Law Series, 2003, p. 10-11. No original: “*A constitutional convention is a non-legal, but nonetheless binding, rule of constitutional behaviour. (...) A convention is binding not because of the threat of judicial sanction but for one of two other reasons either because of the political consequences which may follow from its non-observance, or because the person(s) bound by the convention simply feel this sense of being bound so strongly that they will not want to depart from it. (...) An example of a convention which is followed simply because of the weight of its own authority – that is to say, because people to whom it applies feel that it should apply to them – is the convention concerning the appointment of the Prime Minister. Legally, the Queen may appoint whomsoever she wishes to be her Prime Minister: absolutely anyone, whether a Member of Parliament or not, whether a Peer or not, whether a citizen or not. Indeed, legally, if the Queen so chooses she does not have to appoint anyone at all to the office. There is no legal requirement that there shall be a Prime Minister – the very office is the creation of convention, not law. Yet this legal position does not represent the contemporary reality. In practice the Queen appoints as Prime Minister the person who is the leader of the political party which commands an overall majority of seats in the House of Commons. She does not choose whom she wants. She always appoints someone, and that person is always the person who is the leader of the political party with an overall majority of seats in the Commons*”).

do que de um conjunto de regras estabelecido pelo legislador. A doutrina do *stare decisis*, como visto, não é congênita ao *common law*, mas chegou-se a esse equilíbrio ao longo de muitos séculos. A verdadeira condição indispensável para um sistema de precedentes obrigatórios é a percepção da racionalidade dessa prática em um Estado de Direito¹²².

¹²² Não é nosso propósito oferecer uma teoria que justifique seguir precedentes. Por isso, remetem-se a excelentes obras brasileiras com esse viés: MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. Ética dos Precedentes, 2016; MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação, 2017; PEREIRA, Paula Pessoa. Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ; PUGLIESE, William. Precedentes e a *civil law* brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil, 2016. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis*, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea. 264 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

2 PRECEDENTES, INTERPRETAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Conforme brevemente visto no capítulo anterior, precedentes criam um pacto intertemporal de fidelidade, restringindo a discricionariedade dos julgadores das próximas gerações. Até o momento, o termo *discricionariedade* foi utilizado pressupondo um compartilhamento idealizado de sentidos com o leitor. Neste capítulo, pretende-se, em primeiro lugar, esclarecer o que é a discricionariedade judicial e quais as razões para sua existência, pelo que será utilizado o debate entre Hart e Dworkin como ponto de partida. Por fim, demonstrar-se-á que a chave para solucionar o problema da discricionariedade é valorizar o direito enquanto um empreendimento coletivo.

2.2 HART E A DISCRICIONARIEDADE

Herbert Lionel Adolphus Hart – ou, simplesmente, H.L.A Hart – é o maior expoente do juspositivismo de língua inglesa. Em sua obra capital, o filósofo inglês analisou algumas das questões mais fundamentais da teoria do direito, legando aos seus sucessores um vocabulário bem definido e um horizonte de questões que são debatidas até hoje.

O Conceito de Direito parte do truísmo de que, onde houver direito, certas condutas revelam-se obrigatórias ou, ao menos, não facultativas¹²³. Hart percebe, todavia, que não é apenas o direito que possui capacidade de obrigar: a coerção e a moral também o fazem. Assim, apesar do nome do livro, não pretende fornecer um conceito canônico do que seja o direito¹²⁴, mas desvendar, a partir de uma análise linguística das práticas existentes, a natureza das obrigações jurídicas em confronto com obrigações coercitivas e obrigações morais¹²⁵.

¹²³ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*, p. 10.

¹²⁴ Para Hart, qualquer tentativa de conceituar o direito mediante uma construção canônica de palavras (“o direito é...”) tende a falhar, porque definições implicam, no mais das vezes, situar o objeto a ser definido em uma categoria mais ampla. Para definir o que é automóvel, por exemplo, apela-se ao gênero *veículo*, o qual contém outras espécies (motos, carroças, bicicletas etc.). O sentido da definição é identificar o gênero a que pertence o objeto, adicionando-se predicados específicos para individualizá-lo. Assim, identificando o gênero (veículo) e acrescentando qualidades (movimentar-se sobre rodas, ter motor etc.), delinea-se o conceito (automóvel). Nesse sentido: “Há, claro, muitos outros tipos de definição, além da forma tradicional muito simples que debatemos, mas parece nítido, quando recordamos a natureza das três questões principais como subjacentes à questão ‘O que é o direito’, que nada de suficientemente conciso, susceptível de ser reconhecido como uma definição, lhe podia dar resposta satisfatória. As questões subjacentes são demasiado diferentes umas das outras e demasiado fundamentais para serem capazes deste tipo de resolução” (HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*, p. 21).

¹²⁵ HART, H.L.A. *O conceito de direito*, p. 1-22.

Segundo Hart, a obra se insere no contexto da *analytical jurisprudence* ou teoria jurídica analítica. Além disso, ele considera o empreendimento como de “sociologia descritiva”, não por qualquer afinidade com a metodologia da sociologia enquanto ciência, mas porque a análise de conceitos implica a análise de práticas sociais¹²⁶.

Não seria viável reproduzir o interessante caminho trilhado por Hart para distinguir direito, moral e coerção. Para os propósitos desta seção, basta trabalhar o conceito de textura aberta do direito.

2.2.1 A textura aberta do direito

Embora haja referências importantes à questão da discricionariedade em outros textos, a principal contribuição de Hart para o tema aparece na noção de textura aberta da linguagem, que é trabalhada fundamentalmente em *O Conceito de Direito*. Esse será o guia no que toca ao tema, fazendo-se referências pontuais a outros textos, na medida em que se fizer necessário.

Hart reconhece que se inspirou no filósofo Friedrich Waismann, para quem a descrição de qualquer objeto real é essencialmente incompleta, ou seja, sempre é possível adicionar, em alguma direção, algum aspecto não mencionado anteriormente. Assim, tomando como exemplo sua própria mão direita, o Waismann destacou que ela pode ser descrita quanto à sua forma, tamanho, cor, textura, composição química etc. Nenhuma descrição pode espelhar o objeto descrito em todas as possíveis direções, tampouco antecipar todas as circunstâncias dignas de nota em alguma atividade descritiva¹²⁷.

Hart reelabora parcialmente essa ideia para aduzir que as regras, tais como qualquer fenômeno linguístico, trabalham com categorizações de coisas, de pessoas e de atos, podendo surgir incertezas sobre qual comportamento exigem e sobre as circunstâncias de aplicação. Mesmo assim, as expressões instanciam (exemplificam) situações em que existe acordo geral sobre o enquadramento em determinada categoria, mas não evitam que haja zonas cinzentas, em que certos aspectos parecerão incluídos em uma categoria, mas outros, não. Desse modo, exemplifica Hart, na regra que proíbe a entrada de veículos no parque, a expressão “veículo” certamente inclui “automóveis”, embora possam surgir dúvidas razoáveis sobre se também abarca bicicletas, patins e aviões¹²⁸.

¹²⁶ Idem, p. 1-22.

¹²⁷ WAISMANN, Friedrich. Verifiability, p. 4.

¹²⁸ HART, H.L.A. O conceito de direito. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 139-140.

Hart chama de textura aberta essa qualidade da linguagem de ser potencialmente vaga, inclusive quando se refere a conceitos empíricos, como veículos, casas ou livros. Ele pontua que as regras somente poderiam prever todas as hipóteses possíveis se, em primeiro lugar, fôssemos deuses, e não homens e, além disso, o mundo fosse caracterizado por um número finito e conhecido de propriedades, cujas combinações possíveis pudessem ser conhecidas de forma plena e prévia à elaboração das regras. Em segundo lugar, a impossibilidade antes descrita torna os propósitos em relação a uma regra relativamente indeterminados, uma vez que não se podem antecipar todos os possíveis usos.

Assim, em relação à aplicação das regras, as várias situações dividem-se em casos claros ou familiares e em casos nebulosos. Os primeiros são aqueles em que, por convenção, pode-se dizer que estão resolvidos pela regra¹²⁹. Por outro lado, há casos em que surgirão dúvidas razoáveis sobre se requisitam ou não a aplicação da regra, situando-se, assim, em uma zona de penumbra. Para solucioná-los, “confrontamos as soluções em jogo e podemos resolver a questão através da escolha entre os interesses concorrentes, pela forma que melhor nos satisfaz¹³⁰”.

Hart sustenta, ainda, que os ordenamentos jurídicos modernos veem-se diante de duas necessidades sociais: de um lado, produzir regras que sejam claras o bastante para que particulares possam usá-las com segurança, isto é, sem recorrer a prévias orientações oficiais e, do outro, reservar à decisão das autoridades estabelecidas a resolução posterior de questões mais complexas, que somente podem ser adequadamente apreciadas e equacionadas à luz dos casos concretos¹³¹.

Conquanto sem fazer uso do conceito, a ideia de textura aberta aparece desde o primeiro capítulo da sua obra capital, quando Hart apresenta pelo menos duas formas de desvios do caso-padrão: a primeira diz respeito às discussões de graus, e a segunda às discussões de composição, cuja retirada de um elemento ou o acréscimo de outro pode gerar dúvidas sobre uma categorização¹³².

¹²⁹ Esclarece Hart que "os casos simples, em que os termos gerais parecem não necessitar de interpretação e em que o reconhecimento dos casos de aplicação parece não ser problemático ou ser 'automático' são apenas os casos familiares que estão constantemente a surgir em contextos similares, em que há *acordo geral* nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios" (Op. Cit, p. 139, sem destaques no original).

¹³⁰ HART, H.L.A. O conceito de direito. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 142.

¹³¹ *Ibidem*, p. 143.

¹³² “Algumas vezes, a diferença entre o caso-padrão nítido ou paradigma, relativamente ao uso de uma expressão, e os casos discutíveis é apenas uma questão de grau. Um homem com uma cabeça brilhantemente polida é claramente careca; um outro com uma cabeleira luxuriante claramente que o não é; mas a questão respeitante a um terceiro homem, com um tufo de cabelo aqui e ali, sobre se é careca ou não, poderia ser discutida indefinidamente, se valesse a pena ou se dela derivasse qualquer resultado prático. Por vezes, o desvio do caso-padrão não é uma simples questão de grau, mas surge quando o caso-padrão é de facto um

Note-se, de antemão, a fortuna dessas afirmações no âmbito específico do direito¹³³. Considerem-se, em perspectiva comparativa, os artigos 155 e 157 do Código Penal brasileiro¹³⁴. Tome-se como exemplo o caso em que o agente, utilizando em grau extremamente leve a força do seu corpo, dá um “encontrão” na vítima para distraí-la e subtrair seu celular. Juízes e advogados podem debater indefinidamente se o nível de força aplicado pelo autor do fato é suficiente ou não para caracterizar violência, o que, a depender da resposta, pode qualificar o delito como furto ou como roubo. De igual sorte, tribunais podem divergir profundamente sobre a caracterização de uma relação de emprego se algum dos elementos mais básicos – por exemplo, a não-eventualidade – for afastada, mas os demais elementos estiverem presentes com notável intensidade.

Diante disso, há casos evidentemente regulados pelas regras e outros que se encontram em uma zona de penumbra. Na última hipótese, a linguagem da regra pode reservar um amplo poder discricionário à autoridade, que terá de realizar uma escolha a respeito de acrescentar ou não um caso a uma série de outros aos quais a regra claramente se aplica. A forma mais racional de fazê-lo, diz Hart, é confrontar o caso não-claro com as situações que obviamente demandam a aplicação da regra, aproximando-os em função de critérios de semelhança e de diferença, os quais serão ponderados à luz de juízos gerais sobre determinado sistema jurídico e das finalidades que podem ser atribuídas à regra¹³⁵.

Para além de ser uma decorrência natural da incapacidade da linguagem fornecer

complexo de elementos normalmente concomitantes mas distintos, algum ou alguns dos quais podem faltar nos casos abertos a disputa. Um barco voador é um “navio”? Ainda se trata de xadrez, se o jogo é disputado sem rainhas?” (HART, H.L.A. O conceito de direito. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 8-9).

¹³³ A textura aberta não é um fenômeno confinado aos limites das categorizações jurídicas. Bem ao contrário. A incompletude inerente às categorizações é um fenômeno ligado à relativa (in)capacidade da linguagem em oferecer orientações práticas precisas. HART, H.L.A. O conceito de direito. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 139.

¹³⁴ O artigo 155 do Código Penal descreve o crime de furto da seguinte maneira: “[s]ubtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. Por outro lado, o artigo 157 do mesmo Código Penal descreve o crime de roubo como o ato de “[s]ubtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. Como se vê, a subtração de coisa alheia móvel é comum às duas condutas criminosas, mas, no roubo, exige-se o emprego da violência, seja para viabilizar a subtração, seja para reduzir a resistência da vítima após a subtração. No caso aventado, é fundamental decidir se o “encontrão” aplicado pelo autor do fato na vítima configura violência (até porque, grave ameaça com certeza não é) ou se configura apenas um mecanismo de distração, para o bem possa ser subtraído sem qualquer vigilância ou resistência. Em uma lógica hartiana, nem as regras do furto, nem as regras do roubo conseguem dar orientações práticas exaustivas, a ponto de não incutir dúvida em que se predisponha a meditar sobre o assunto.

¹³⁵ “O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. A pessoa opta por acrescentar a uma série de casos um caso novo, por causa das semelhanças, quer como juridicamente relevantes, quer como suficientemente próximas. No caso das regras jurídicas, os critérios de relevância e de proximidade da semelhança dependem de factores muito complexos que atravessam o sistema jurídico e das finalidades ou intenção que possam ser atribuídos à regra” (HART, H.L.A. O conceito de direito. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 140).

orientações práticas exaustivas, a discricionariedade consiste em um poder. Nos casos não claros, há evidente exercício de um *poder* que emana não da capacidade institucional de constatar a aplicação de uma regra, mas, antes, da capacidade institucional – que, obviamente, tem de ser atribuída por uma regra secundária¹³⁶ – de decidir que determinado caso, embora na zona de penumbra, deve ou não atrair a orientação prática de uma regra¹³⁷. Dessa forma, Hart nem subscreve as pretensões formalistas, que defendem a completude do direito e a existência de respostas corretas em quaisquer circunstâncias, tampouco se filia aos céticos, que negam a importância das regras nas deliberações judiciais.

Para Hart, os teóricos do direito “têm oscilado entre dois extremos, entremeados por muitas posições intermediárias”: o Pesadelo e o Nobre Sonho. O Pesadelo consiste em que juízes e tribunais criem direito novo para resolver os casos que têm de decidir¹³⁸. O Nobre Sonho representa a crença de que, a despeito das intensas divergências judiciais, ainda se possa defender que juízes aplicam regras preexistentes aos casos, em vez de formularem novas *ex post facto*, “mesmo quando o texto específico de uma regra constitucional, lei ou

¹³⁶ Uma das grandes contribuições de Hart é a identificação de que o direito não pode ser explicado por um única camada de regras. Para além de regras que restringem a facultatividade de comportamentos, seja proibindo, seja obrigando certas condutas, ditas primárias, os ordenamentos atuais possuem metarregras ou regras secundárias, as quais se põem em relação com as primárias, institucionalizando como modificar, como aplicar e como reconhecer o direito existente. Desse modo, a regra secundária de modificação confere poderes, às vezes somente às autoridades, às vezes inclusive a particulares, para criar ou modificar regras primárias, a exemplo do que ocorre com as legislaturas, bem como do poder de regramento para celebrar e disciplinar contratos. A regra secundária de aplicação atribui a autoridades o poder de fiscalizar e de adotar medidas concretas para obter a obediência às regras primárias. Por fim, a regra secundária de reconhecimento consiste no conjunto de critérios utilizado pelas autoridades e pelos particulares para reconhecer o que conta como direito, isto é, reconhecer quais regras pertencem a um determinado sistema jurídico. Para Hart, se os ordenamentos atuais carecessem de regras secundárias, experimentariam diversos problemas. A ausência de regras secundárias de modificação implicaria estagnar o direito, não existindo estrutura para modificar as regras atuais, nem para criar novos deveres e obrigações. A ausência de regras de aplicação conduziria a uma ineficácia do direito, na medida em que não haveria resposta institucional à não observância de regras. Por fim, a ausência de uma regra de reconhecimento implicaria um grave problema de incerteza, pois não seria possível separar aquilo que conta como direito daquilo que é externo ao âmbito de validade jurídica. Ou seja, não há como explicar os ordenamentos jurídicos atuais apenas com uma camada de regras. É necessário pensar os ordenamentos atuais como sistemas que unem regras primárias, as quais estabelecem obrigações e tornam não-facultativas certas condutas, a regras secundárias, que trabalham de forma acessória às primárias, prevenindo a estase, a ineficácia e a incerteza do direito (HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 101-109).

¹³⁷ "A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso". (HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 148). Por isso, em nossa leitura de *O Conceito de Direito*, a discricionariedade não é apenas a constatação, por parte das autoridades, de que as regras preexistentes são insuficientes para resolver o caso. É inerente ao trabalho com regras que existam autoridades que disponham do poder de interpretá-las e de determinar, dali em diante, se são ou não aplicáveis em circunstâncias em que havia dúvidas sobre a aplicação. Como se verá adiante, em um sistema que trabalha com a doutrina do *stare decisis*, esse poder de interpretação não se limita ao caso concreto, mas assume a condição de uma nova regra que especifica a anterior.

¹³⁸ HART, H.L.A. A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 140.

precedente disponível não oferecer nenhuma orientação de decisão determinada¹³⁹”.

Segundo Hart, “[a] verdade, talvez não muito empolgante, é que ora os juízes fazem uma coisa [criam o direito], ora fazem outra [encontram-no]”. Em síntese, ora as regras, relativamente a determinado caso, são suficientes para que os juízes encontrem o direito previamente, ora as regras, relativamente a determinado caso, fornecem orientações apenas incompletas, cuja aplicação concederá certa discricionariedade¹⁴⁰.

2.3 A CRÍTICA DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin foi um jusfilósofo norte-americano que se notabilizou pela crítica radical ao positivismo jurídico, especialmente o de matriz hartiana. Por óbvio, não se reproduzirão todos os aspectos da crítica de Dworkin ao positivismo jurídico. O que interessa aqui é a parte que diz respeito à questão da discricionariedade judicial.

Dois conceitos de Dworkin serão enfrentados. O primeiro, desenvolvido fundamentalmente em *Levando os direitos a sério*, é o de princípios jurídicos. O segundo é o de desacordos teóricos, tal como apresentado em *O Império do Direito*.

2.3.1 Princípios jurídicos e discricionariedade em *Levando os direitos a sério*

Conquanto seja comum ignorar esse aspecto tão essencial, é impossível compreender *Levando os direitos a sério* sem atentar para seu projeto político: Dworkin esclarece que pretende oferecer uma *teoria liberal do direito*¹⁴¹. Ele não busca, em sua primeira investida, uma refutação epistemológica do positivismo, isto é, não o caracteriza enquanto teoria inviável acerca da natureza do direito, mas enquanto uma teoria que não atende, de forma satisfatória, aos valores liberais, na medida em que falharia em reconhecer

¹³⁹ HART, H.L.A. Idem, p. 148.

¹⁴⁰ HART, H.L.A. Ibidem, p. 161.

¹⁴¹ “Os diferentes capítulos deste livro definem e defendem uma teoria liberal do direito. Não obstante isso, são profundamente críticos em relação a outra teoria que é amplamente considerada por muitos como uma teoria liberal. Essa teoria é tão popular e influente que a chamarei de teoria dominante do direito. A teoria dominante tem duas partes e insiste na independência de cada uma delas. A primeira parte é uma teoria sobre o que é o direito: em linguagem menos dramática, trata-se de uma teoria sobre condições necessárias e suficientes para a verdade de uma proposição. Esta é a teoria do positivismo jurídico, que sustenta que a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso. A segunda parte é uma teoria acerca do que o direito deve ser e sobre o modo com as instituições jurídicas que nos são familiares deveriam comportar-se. Essa é a teoria do utilitarismo, que sustenta que o direito e suas instituições deveriam estar a serviço do bem-estar geral e tão-somente isso” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. VII).

direitos oponíveis ao Estado preexistentes a legislações explícitas¹⁴².

No Capítulo 2 de *Levando os direitos a sério* – originado do famoso artigo *Model of Rules I* –, Dworkin declara seu propósito de realizar um ataque geral ao positivismo em sua melhor versão, qual seja, o positivismo de Hart¹⁴³. Segundo o jurista norte-americano, o positivismo sustentaria três teses: (a) o direito é um conjunto de regras cuja validade depende apenas de critérios formais (independentes de conteúdo); (b) as regras são coextensivas aos direitos, de modo que, quando insuficientes, a autoridade decide discricionariamente, com base no seu discernimento pessoal; (c) só há “obrigação jurídica” quando o caso se enquadra em uma regra e, assim, quando juízes exercem discricionariedade, eles não fazem valer direito algum.

No que toca, especificamente, às segunda e terceira teses, Dworkin delinea três sentidos do uso da palavra discricionariedade. Os dois primeiros são sentidos *fracos* e o terceiro é um sentido *forte*. Em um primeiro sentido fraco, o poder discricionário aponta que a aplicação do direito não é mecânica, mas, antes, envolve a capacidade de julgar e de interpretar. Em um segundo sentido fraco, diz-se que alguém dispõe de poder discricionário quando sua decisão não pode mais ser revisada. Por fim, em sentido forte, a discricionariedade significaria o poder de uma autoridade decidir nos assuntos em que o direito nada tem a dizer, de acordo com seu discernimento pessoal¹⁴⁴.

¹⁴² “Uma vez que o positivismo jurídico e o utilitarismo econômico são doutrinas complexas, a teoria dominante do direito tem múltiplos oponentes, muitos dos quais também se opõem entre si. (...) Contudo, nenhuma dessas críticas, tão diferentes entre si, põe em dúvida uma das características específicas, anteriormente mencionada, da teoria dominante. Nenhuma delas argumenta *que a teoria dominante é falha porque rejeita a ideia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através de legislação explícita*” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. XII e XIII, sem grifos no original).

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p.35.

¹⁴⁴ “Algumas vezes empregamos ‘poder discricionário’ em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. Usamos este sentido fraco quando o contexto não é por si só esclarecedor, quando os pressupostos de nosso público não incluem esse fragmento de informação. Assim, podemos dizer: “as ordens do sargento deixaram-lhe uma grande margem de poder discricionário” a todos aqueles que desconhecem as ordens do sargento ou algo que tornou essas ordens vagas ou difíceis de ser executadas. Para fins de esclarecimento, faria perfeitamente sentido acrescentar que o tenente ordenara ao sargento que levasse em patrulha seus cinco homens mais experientes, mas fora difícil determinar quais eram os mais experientes. Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário. Falamos dessa maneira quando o funcionário faz parte de uma hierarquia de servidores, estruturada de tal modo que alguns têm maior autoridade, mas na qual os padrões de autoridade são diferentes para os diferentes tipos de decisão. (...) Chamo esses dois sentidos de fracos para diferenciá-los de um sentido mais forte. Às vezes usamos “poder discricionário” não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. Nesse sentido, podemos dizer que um sargento tem um poder discricionário quando lhe for dito para escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha ou que um juiz de uma exposição de cães tem o poder discricionário de avaliar os *airedales* antes dos *boxers*, caso as regras não estipulem uma ordem para esses

Utilizando-se de *hard cases*, Dworkin busca demonstrar que os Tribunais julgam-se obrigados a respeitar padrões para além das regras. A esse propósito, a corte de New Jersey enfrentou um caso muito interessante: Henningsen havia comprado um carro e, na mesma oportunidade, assinado um contrato que limitava a responsabilidade da fabricante ao conserto de eventuais peças defeituosas. Após sofrer um grave acidente, ajuizou uma demanda indenizatória. Mesmo sem indicar uma regra expressa que tornasse nula a cláusula contratual, a corte acolheu o pedido de Henningsen, identificando um princípio segundo o qual os fabricantes de veículos, dadas as características dos produtos que disponibilizam ao mercado, estavam submetidos a uma especial obrigação, o que tornava mais importante controlar as cláusulas contratuais, visando evitar desequilíbrios entre as partes¹⁴⁵.

Aqui há um detalhe muito importante: quando Dworkin afirma que os positivistas trabalham com um modelo composto exclusivamente por regras, ele define regra como um padrão normativo cuja validade decorre exclusivamente do fato de haver sido promulgada por uma autoridade¹⁴⁶. Ou seja, regras são normas cuja validade não depende do conteúdo, mas apenas da origem, daí o termo pedigree. O ponto de Dworkin é que o direito não se resume às regras promulgadas pelas autoridades. O direito incorporaria padrões normativos que não se submetem a testes de pedigree, tais como os princípios jurídicos¹⁴⁷.

Em síntese, os espaços vazios das regras, que, no positivismo hartiano, são preenchidos pela discricionariedade, estariam cobertos por princípios, os quais poderiam ser inferidos a partir da moralidade política do próprio ordenamento jurídico¹⁴⁸. É nessa direção

eventos” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 51-52).

¹⁴⁵ Idem, p. 38.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p.64.

¹⁴⁷ Um equívoco muito comum é imaginar que Dworkin estivesse comprometido com uma tipologia de normas jurídicas, como a contraposição binária entre regras e princípios. Na realidade, como ele mesmo esclarece, a sua preocupação jamais foi a de promover uma “ontologia jurídica” sobre normas. Nesse sentido: “O meu ponto não é que ‘o direito’ contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que “o direito” é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. Ao contrário, o que enfatizei foi que uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira. Nada disso, creio, compromete-me com uma ontologia jurídica que pressuponha qualquer teoria específica da individuação” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 119-120). Ademais, princípios e regras ostentariam três diferenças: (i) enquanto a validade das regras é aferida a partir de um teste de pedigree, princípios não têm pedigree, sendo portas para a argumentação moral no direito; (ii) regras se aplicariam ao modo tudo-ou-nada, ao passo que princípios, se relevantes em um caso, devem ser levados em consideração pelas autoridades como uma razão que faz balança pender para um lado ou para o outro; (iii) os princípios, diferentemente das regras, possuiriam uma *dimensão de peso* e, quando confrontados, o princípio “que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 39-46).

¹⁴⁸ Nessa linha, diz W.J Waluchow: “O ataque inicial de Dworkin [e aqui Waluchow tem em mente *Levando os direitos a sério*] contra o positivismo, na realidade, sustentou que os positivistas tomariam parte dos fundamentos do direito como se fosse o todo. Os fundamentos das proposições de direito como ‘Ninguém

que Dworkin vai construindo a sua polêmica tese da única resposta correta, a qual, sem negar a existência de discricionariedade fraca, rejeita a discricionariedade em sentido forte a que o positivismo hartiano Chancelloria¹⁴⁹.

2.3.2 Os desacordos teóricos em *O Império do Direito*

Os desacordos teóricos consistem no conceito-chave de *O Império do Direito*¹⁵⁰. A partir deles, a crítica dworkiniana ao positivismo tornar-se mais intensa, já que não se dá mais pela suposta inadequação ao liberalismo, mas atinge a própria competência da teoria do direito positivista ser capaz de capturar a natureza do direito praticado no âmbito do *common law*.

De início, é necessário compreender a distinção entre proposições jurídicas e fundamentos do direito. Segundo Dworkin, proposições jurídicas são “todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza¹⁵¹”. Por outro lado, os fundamentos do direito são proposições que estabelecem as bases da veracidade de uma proposição jurídica¹⁵². A partir daí, Dworkin identifica duas

pode se beneficiar de seus próprios erros legais’ não se encontram em regras com ‘pedigree’, que emanam da vontade do soberano ou da regra do reconhecimento e cuja existência e conteúdo podem ser descobertos empiricamente. Em vez disso, eles devem ser encontrados em princípios verdadeiros, mas inerentemente contestáveis, de moralidade política que não possuem o tipo de pedigree social que os positivistas afirmam ser essencial para os fundamentos do direito” (WALUCHOW, W.J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 10, tradução livre). No original: “Dworkin’s early attack on positivism in effect argued that positivists mistake part of the grounds of law for the whole. The grounds of propositions of law like ‘No person may profit from his own legal wrongdoing’ are not to be found in ‘pedigreed’ rules emanating from the sovereign’s will or the rule of recognition, something whose existence and content can be empirically discovered. Rather they are to be found in true but inherently contestable principles of political morality which lack the kind of social pedigree that positivists claim to be essential to the grounds of law”.

¹⁴⁹ Confirma-se a primorosa síntese de Katya Kozicki: “Para Dworkin, existe sempre um direito a uma resposta, e, portanto, o ordenamento jurídico não apresentaria lacunas que pudessem justificar a discricionariedade judicial. Mesmo nos chamados *hard cases*, nos quais se acredita que tal discricionariedade pudesse ser exercitada, haveria princípios que, buscados na história institucional da comunidade e dentro de uma perspectiva abrangente da tradição desta e do direito pré-interpretativo, serviriam de guia à atividade jurisdicional e indicariam o direito a ser aplicado ao caso concreto, sem que novo direito fosse criado. Por detrás das regras jurídicas existirão sempre princípios, os quais servem de base à justificação da decisão. Essa integração entre as regras jurídicas e os princípios constitui o núcleo da tese dos direitos” (KOZICKI, Katya. Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, volume III. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 37).

¹⁵⁰ “Este livro é sobre a divergência teórica no direito. Seu objetivo é compreender de que tipo de divergência se trata e, então, criar e defender uma teoria particular sobre os fundamentos apropriados do direito” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 15).

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 6.

¹⁵² “Todos pensam que as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas (ou nem uma coisa nem outra) em virtude de outros tipos mais conhecidos de proposições, das quais as proposições jurídicas são parasitárias, como poderíamos dizer. Essas proposições mais conhecidas oferecem aquilo que chamarei de ‘fundamentos’ do direito. A proposição de que ninguém pode dirigir a mais de 90 quilômetros por hora na Califórnia é verdadeira, pensa a maior parte das pessoas, porque a maioria dos legisladores daquele estado disse ‘sim’, ou

possíveis divergências que juízes e advogados costumam ter a respeito de proposições jurídicas, quais sejam, os desacordos empíricos e os desacordos teóricos.

Segundo Dworkin, existe um conjunto de teorias – que ele chama de teorias semânticas – que supõem que os profissionais diverjam apenas sobre questões relativas àquilo que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado, isto é, desacordos empíricos¹⁵³.

Tome-se, como exemplo, a divergência entre juízes sobre se configura ou não roubo majorado o emprego de réplica de arma de fogo. Esse desacordo será empírico se os juízes supuserem que estão discordando sobre os limites da decisão do Legislativo, isto é, se estiverem investigando se, de fato, o Legislativo decidiu incluir ou não o roubo mediante réplica de arma de fogo como fato que atrai a incidência da majorante. Cuida-se de um desacordo empírico – nesse modo de construir a divergência –, porque relacionado à investigação da extensão semântica da decisão tomada por uma autoridade (o Legislativo) no passado.

As teorias semânticas, segundo Dworkin, estariam presas ao *aguiilhão semântico* (*semantic sting*), que basicamente consiste na ideia de que, para haver divergências acerca do objeto *X*, é necessário que haja acordos semânticos quanto aos critérios para identificar *X*. Isso conduz a divisar casos claros (situações em que não há dúvidas de que se está diante de *X*) dos casos não-claros (situações em que as pessoas divergem sobre se estão diante de *X* ou de outro fenômeno)¹⁵⁴.

Por semântico, então, Dworkin tem em mente algo parecido a um verbete de dicionário. Nessa linha, as divergências no direito seriam, para o positivismo – um exemplo de teoria presa ao aguiilhão –, limitadas à extensão de um conceito, como ocorre, por exemplo, quando se diverge se a regra que proíbe veículos no parque se estende ou não a patins e a bicicletas ou se arma de fogo abarca ou não a réplica fidedigna¹⁵⁵.

levantou a mão quando um texto sobre o assunto veio parar em suas mesas. Podia não ser verdadeira se nada disso tivesse acontecido; não poderia então ser verdadeira apenas pelo que tivesse dito um fantasma, ou pelo que se tivesse encontrado no céu, em tabuinhas transcendentais” (DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999, p. 7).

¹⁵³ “O direito nada mais é [de acordo com as teorias dominantes, das quais Dworkin discorda] que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado. Se alguma corporação desse tipo decidiu que os trabalhadores podem ser indenizados por danos ocasionados por colegas de trabalho, será isso, então, o direito. Se a decisão for contrária, então este será o direito. Portanto, as questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais” (DWORKIN, Ronald. O império do direito, p. 10).

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. Império do direito, p. 50-55.

¹⁵⁵ “Uma concepção semântica de um conceito é aquela que procura identificar os fatos e as regras existentes no mundo que nos permitem usar corretamente esse mesmo conceito. Assim, uma concepção semântica do conceito de árvore, por exemplo, é aquela que usualmente encontramos num dicionário e que identifica o uso dessa palavra à existência de uma referência, a coisa árvore, à qual se reportam as pessoas quando utilizam tal termo. Dentro dessa visão, o significado de um conceito é definido em função da extensão do conceito,

Por outro lado, existem desacordos que se situam nos *fundamentos do direito* (*grounds of law*). Para isso, assim como já havia feito em *Levando os direitos a sério*, Dworkin escolhe a estratégia de trabalhar com *hard cases*, pois neles resta mais fácil demonstrar a existência de desacordos teóricos.

Um dos casos mais lembrados é *Riggs v. Palmer*, julgado em 1889. Elmer Palmer, receando sua exclusão do testamento, assassinou o próprio avô. A regra sobre testamentos no Estado de Nova Iorque, argumenta Dworkin, não excluía o direito de herança a quem atentou contra a vida do testador. Ainda assim, o Tribunal, por maioria, não acolheu os argumentos de Elmer. Cotejando os votos do juiz Earl, que escreveu pela maioria, e do juiz Gray, cuja posição restou vencida, Dworkin observa que eles divergiam sobre a melhor maneira de interpretar a lei: se investigando a intenção do legislador ou se acolhendo a literalidade do texto. Mesmo sem vincular-se a nenhuma dessas visões, Dworkin observa que a divergência travada entre eles não era sobre os limites semânticos da regra, mas dizia respeito à qual teoria operacional da interpretação¹⁵⁶ poderia descobrir aquilo que realmente significava a lei de sucessões de Nova Iorque¹⁵⁷.

Outro caso bem trabalhado é o famoso *Brown v. Board of Education*, julgado em 1954¹⁵⁸. As circunstâncias para compreender a decisão remontam à guerra civil norte-americana (ou guerra da secessão), provocada por divergências a respeito da manutenção ou da abolição do trabalho escravo. Em 1868, três anos depois do fim da guerra, foi editada a Décima Quarta Emenda à constituição norte-americana, que, em sua Seção 1, assegurou o

isto é, do conjunto de coisas, fatos e práticas que estão inseridos no 'campo semântico' daquela palavra" (MACEDO JR., Ronaldo Porto. Do xadrez à cortesia, p. 181).

¹⁵⁶ "Assim como os críticos literários precisam de uma teoria operacional, ou pelo menos de um estilo de interpretação, para interpretar o poema por trás do texto, os juízes também precisam de algo como uma teoria da legislação para fazer o mesmo com relação às leis. Isso pode parecer evidente quando as palavras contidas nas compilações sofrem da mesma deficiência semântica; quando são ambíguas ou vagas, por exemplo. Mas uma teoria da legislação também se faz necessária quando, do ponto de vista linguístico, essas palavras são impecáveis. Os termos da lei sucessória que figuravam no caso Elmer não eram nem vagos nem ambíguos. Os juízes divergiram sobre o impacto desses termos sobre os direitos legais de Elmer, Goneril e Regan porque divergiram sobre o modo de interpretar a verdadeira lei nas circunstâncias especiais daquele caso. (...) O voto dissidente, escrito pelo juiz Gray, defendia uma teoria da legislação mais aceita na época do que hoje em dia. A isso às vezes se dá o nome de teoria da interpretação "literal", embora esta não seja uma descrição particularmente esclarecedora. Essa teoria propõe que aos termos de uma lei se atribua aquilo que melhor chamaríamos de seu significado acontextual, isto é, o significado que lhes atribuiríamos se não dispuséssemos de nenhuma informação especial sobre o contexto de seu uso ou as intenções de seu autor. (...) O juiz Earl, porém, escrevendo em nome da maioria, usou uma teoria da legislação muito diferente, que dá às intenções do legislador uma importante influência sobre a verdadeira lei. 'É um conhecido cânone da interpretação', escreveu Earl, "que algo que esteja na intenção dos legisladores seja parte dessa lei, tal como se estivesse contida na própria letra; e que uma coisa que esteja contida na letra da lei somente faça parte da lei, se estiver presente na intenção de seus criadores"' (DWORKIN, Ronald. Império do direito, p. 22-23).

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. Império do direito, p. 25.

¹⁵⁸ Todos os detalhes desse caso, aqui mencionados, foram obtidos nas obras de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (Direito nos Estados Unidos, 2004, p. 74-76) e de Ronald Dworkin (Império do direito, p. 36-38).

direito da "*equal protection of the laws*".

Depois da reconstrução, os Estados do sul passaram a adotar leis de segregação racial, que ficaram conhecidas por "*Jim Crow*", em alusão a uma personagem, normalmente interpretada por um homem branco com o rosto pintado de negro, com o propósito de ridicularizar os afro-americanos. Havia escolas apenas para brancos e outras apenas para negros. Os trens possuíam vagões discriminados em função da cor. Nos ônibus, os negros viajavam na parte de trás e os brancos na parte da frente.

Em 7 de junho de 1892, Homer Plessy foi preso porque sentou-se na ala reservada a brancos em um trem do estado da Louisiana e recusou-se a sair. O caso chegou aos Tribunais, culminando na formação do precedente *Plessy v. Ferguson*, pelo qual a Suprema Corte americana considerou que a existência de distinções legais entre as raças negra e branca não violava a Décima Quarta Emenda. Trata-se da conhecida doutrina do "*separate but equal*".

Muitos anos depois do caso Plessy, os pais de estudantes negros insurgiram-se contra as diferenças entre as escolas de brancos e de negros. Com o apoio da *National Association for the Advancement of Colored People*, a questão chegou à Suprema Corte, que, em decisão inesperadamente unânime, rejeitou a doutrina do "*separate but equal*", baseando-se em evidências sociológicas para demonstrar a violação à cláusula da igual proteção perante a lei.

Apesar de unânime, a decisão de *Brown v. Board of Education* foi bastante polêmica. Havia aqueles que defendiam, com base no *stare decisis*, que *Plessy v. Ferguson* era uma precedente obrigatório e que deveria ser respeitado. Outros sustentavam que as leis de segregação não violavam a cláusula da igual proteção. Dworkin destacou, com bastante perspicácia, que os juristas não discordavam apenas sobre os significados das palavras da Constituição, mas tinham desacordos teóricos sobre a natureza do direito de igual proteção. Logo, conclui Dworkin, enquanto a ideia de textura aberta explicaria bem objetos reais, como veículos, casas e livros, ela seria inadequada para conceitos interpretativos, tais como direito, justiça e cortesia¹⁵⁹.

De acordo com o jusfilósofo americano, a atividade de interpretar aparece relacionada a diferentes contextos. Quando alguém se engaja em um debate com outra pessoa, terá, necessariamente, de interpretar sons e sinais para determinar a intenção do interlocutor. Por outro lado, quando cientistas conduzem experiências e coletam dados, eles interpretam

¹⁵⁹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. Do xadrez à cortesia, p. 183-184.

para estabelecer relações causais entre fatos não criados pelo homem. Um terceiro contexto é a interpretação artística, pela qual se busca apresentar algum ponto de vista, a respeito do objeto interpretado, que justifique seu significado, tema ou propósito¹⁶⁰.

Para Dworkin, a interpretação das práticas jurídicas assemelha-se bastante à interpretação artística, porque “ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica¹⁶¹”. Nesse sentido, Dworkin aduz que a interpretação jurídica, assim como a artística, é criativa e construtiva, porque propõe uma justificação ao objeto interpretado que o apresente em sua melhor luz.

Dworkin reconhece que, no projeto de propor uma finalidade ao objeto que o apresente em sua melhor luz, diferentes atores sociais terão diferentes interpretações, cujas lâminas serão afiadas pelas ideologias¹⁶². Mesmo assim, ele acredita que existem fatores de convergência, tais como (a) “paradigmas do direito”, que seriam proposições que ninguém poderia questionar sem implicar corrupção ou ignorância, (b) a prática do precedente, “que nenhum juiz pode ignorar totalmente em sua interpretação”, bem como (c) o “inevitável conservadorismo do ensino jurídico formal”, os quais atuariam como forças centrípetas¹⁶³.

O interessante é que, segundo Dworkin, o próprio direito seria um conceito interpretativo e, por essa razão, ele também precisaria ser apresentado em sua melhor luz. Logo, ramificando-se do conceito, surgem diferentes concepções, tais como o convencionalismo, o pragmatismo e a integridade. Cada concepção atribui um *point* (uma interpretação, um sentido) diferente ao que é o direito. *O Império do Direito* dedica-se a defender a concepção de direito enquanto integridade.

A integridade é o ideal político segundo o qual o Estado deve agir a partir de um “conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos¹⁶⁴”. No específico âmbito da prática judicial, a integridade reivindica que os juízes tratem o direito como se ele fosse, tanto quanto possível, o produto de um único autor – a comunidade personificada –, constituindo, desse modo, uma expressão coerente de justiça e de equidade. Para isso, Dworkin propõe a

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. O império do direito, p. 60-61.

¹⁶¹ Idem, p. 61.

¹⁶² “As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o ‘sentido’ – o propósito, objetivo ou princípio justificativo – da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juízes. Não obstante, um grande número de forças atenua essas diferenças e conspira a favor da convergência”. (Ibidem, p. 110)

¹⁶³ DWORKIN, Op. cit, p. 110-111.

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald. Império do direito, p. 202.

metáfora do “romance em cadeia”, pela qual cada juiz continua, da melhor forma possível, a história das práticas jurídicas da comunidade.

De forma não muito distante do que havia defendido em *Levando os direitos a sério*, Dworkin argumenta que o direito não inclui apenas as decisões que as autoridades tomaram no passado, mas também o conjunto de princípios que mostram, à melhor luz, tais decisões¹⁶⁵. Dessa forma, concebendo o direito como um empreendimento coletivo semelhante a um “romance em cadeia”, Dworkin supõe que a história institucional restringirá a discricionariedade dos intérpretes e viabilizará, ao menos no *common law* norte-americano, a existência de uma única resposta correta.

2.4 O BALANÇO DO DEBATE HART E DWORKIN

2.4.1 O problema da interpretação no positivismo jurídico

A tradição anglo-americana de filosofia do direito reconhece uma distinção muito importante e, ao mesmo tempo, disputada entre *analytical jurisprudence* e *normative jurisprudence*. A *analytical jurisprudence* estuda o direito fora de uma perspectiva moral, preocupando-se com aquilo que ele é, ou seja, com a sua natureza, ao passo que a *normative jurisprudence* investiga os fundamentos morais do direito, quer a de um determinado sistema vigente (*interpretative jurisprudence*), quer, em perspectiva ampla, como o direito deve ou deveria ser a partir de um ponto de vista moral (*critical jurisprudence*)¹⁶⁶.

O projeto tradicional do positivismo jurídico é o de uma ontologia jurídica, que, por destinar-se a identificar as características mínimas do fenômeno jurídico, integra a *analytical jurisprudence*¹⁶⁷. Nesse sentido, quando Kelsen propõe uma teoria pura do direito, ele pretende descrever o que é o direito, sem “contaminar” tal descrição com juízos de aprovação ou de desaprovação moral ou política¹⁶⁸. A discussão de se um bom direito implica democracia, tribunais independentes, igualdade entre as pessoas e coerência nas decisões judiciais é estranha ao projeto descritivo, porque uma teoria positivista deve ser ampla o

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. Império do direito, p. 274.

¹⁶⁶ SHAPIRO, Scott J. Legality. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 2-3.

¹⁶⁷ SHAPIRO, Scott J. Legality. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 3-10.

¹⁶⁸ Como esclarece Kelsen, a Teoria Pura do Direito pretende “responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito” (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1).

bastante para explicar o direito autoritário e o direito dos Estados constitucionais¹⁶⁹.

A tese mais central do positivismo jurídico, diz Kenneth Himma, é a tese dos fatos sociais. De acordo com ela, o direito é um artefato ou uma criação social, de modo que “o que distingue normas jurídicas de normas não jurídicas (...) é que as primeiras instanciam uma propriedade concernente a algum fato social¹⁷⁰”. Em outras palavras, o caráter jurídico de uma norma – ou seja, a propriedade de pertencer a um sistema jurídico – pode ser demonstrado a partir de fatos¹⁷¹. Dessa forma, a tese dos fatos sociais permite certa objetividade na descrição do direito que existe em determinado lugar e em determinado momento, tornando possível sua identificação sem recorrer a considerações de natureza moral ou política¹⁷².

Tal como elaborada por Hart, a tese da discricionariedade está intimamente relacionada com a tese dos fatos sociais. Os casos não claros, como se viu alhures, são aqueles em que as regras preexistentes não fornecem orientação prática exaustiva, deixando uma margem de criatividade ao julgador, que optará por introduzir o caso não-claro em uma série

¹⁶⁹ É importante esclarecer que Hans Kelsen possui diversas outras obras jurídicas. Em algumas delas, o jurista austríaco enfrenta temas como democracia e direito internacional. No entanto, o projeto da Teoria Pura foi marcado por uma neutralidade valorativa.

¹⁷⁰ HIMMA, Kenneth E. The conceptual foundation of legal positivism consists in three commitments: the Social Fact Thesis, the Conventionality Thesis, and the Separability Thesis, p. 2.

¹⁷¹ Cada autor positivista elegerá um fato distinto que, ao fim e ao cabo, serve como um teste de validade das normas. No caso de Hart, esse fato é regra de reconhecimento. Por mais estranho que isso pareça, Hart afirma categoricamente que a regra de reconhecimento é uma questão de fato (HART, H.L.A. O conceito de direito, 2001, p. 121). Logo, na excelente sistematização de Kenneth Himma sobre o positivismo hartiano, “é a presença de uma regra de reconhecimento vinculante, e não a presença de um soberano capaz de ser obedecido mediante coerção, que faz nascer um sistema jurídico. E, para Hart, existe uma regra de reconhecimento vinculante RoR em uma sociedade S quando duas condições são satisfeitas: (1) os critérios de validade contidos em RoR são aceitos pelas autoridades em S como padrões de condutas oficiais; e (2) cidadãos em S geralmente obedecem regras primárias validadas pela RoR. Assim, de acordo com a versão de Hart da tese das fontes sociais, a existência de uma regra de reconhecimento satisfazendo (1) e (2) é o fato social que dá origem ao direito” (HIMMA, Kenneth Einar. The conceptual foundation of legal positivism consists in three commitments: the Social Fact Thesis, the Conventionality Thesis, and the Separability Thesis, p. 4. No original: “(...) there is a binding rule of recognition RoR in a society S when two conditions are satisfied: (1) the criteria of validity contained in RoR are accepted by officials in S as standards of official conduct; and (2) citizens in S generally comply with first-order rules validated by RoR. Thus, according to Hart’s version of the Social Fact Thesis, the existence of a rule of recognition satisfying (1) and (2) is the social fact that gives rise to law.).

¹⁷² Essa relação entre a tese das fontes sociais e a objetividade foi muito bem apresentada por Juliano Maranhão: “A constatação imediata de que partem os positivistas é muito simples: há casos nos quais temos certeza em afirmar que uma ação está ou não está juridicamente justificada. Por exemplo, é possível afirmar, com toda a certeza que, no direito brasileiro, o adultério cometido pela esposa não é uma razão jurídica para puni-la com o apedrejamento. A questão epistemológica central do positivismo é ‘por que sabemos o que sabemos sobre o direito?’. Se temos certeza, então deve haver algum conhecimento jurídico, i.e, deve ser possível identificar os critérios objetivos de verdade ou falsidade dessas proposições sobre o direito. O outro elemento de convicção subjacente é que a objetividade somente poderia ser alcançada por meio da identificação de fenômenos observáveis. Ademais, uma proposição claramente verdadeira em uma sociedade pode ser claramente falsa em outra (como o enunciado acima sobre o direito praticado no Irã), o que mostra ser o direito uma prática cujo conteúdo é socialmente contingente. Daí porque tomá-lo como um dado social, cuja fonte é externa ao observador. Isso garante ao cientista do direito um *input* externo, independente de suas valorações políticas ou morais” (MARANHÃO, Juliano. Positivismo lógico-inclusivo, p. 33).

de casos claros ou por rejeitar tal introdução¹⁷³.

Até aqui, Hart parte da premissa de que o problema da *interpretação/aplicação* do direito seja idêntico, ao menos nos casos claros, com o problema da *identificação* do direito. A regra que proíbe a entrada de veículos no parque, por exemplo, é claramente aplicável ao automóvel, razão pela qual os juízes sequer necessitariam reconstruir o direito mediante a interpretação. Eles simplesmente encontrariam o direito, dada a existência de um acordo geral de que essa regra alcança automóveis. Já em relação aos patins e às bicicletas, as autoridades não encontrariam uma regra pré-pronta, porque não há um acordo geral de que o problema da entrada da bicicleta e dos patins tenha sido previamente antecipado pelo legislador. Assim, as autoridades teriam de empregar um poder discricionário de incluir ou não na categoria “veículo” os patins e as bicicletas, considerando a finalidade da regra e aspectos gerais daquele sistema jurídico.

Essa construção hartiana, todavia, não goza da habitual clareza com que *O Conceito de Direito* foi escrito. Em alguns momentos, parece que os casos claros são identificados a partir dos limites semânticos das expressões gerais contidas nas regras¹⁷⁴. Por outro lado, quando explica as razões para a existência da textura aberta, Hart menciona que as regras não podem antecipar todos os casos possíveis de sua aplicação, sugerindo que o problema não seja meramente semântico – os casos claros de cada expressão geral contida na regra –, mas pragmático¹⁷⁵. Ora, se a textura aberta do direito não se limita às incertezas classificatórias, então parece difícil aceitar que, nos casos claros, o juiz se limite a *encontrar* o

¹⁷³ Pode-se utilizar a metáfora de um mapa: regras vão fornecendo orientações práticas, dizendo quando se deve seguir reto, quando virar à direita ou à esquerda para chegar a determinado local. Todavia, nos casos não claros, as orientações da regra são interrompidas antes de alcançar o destino final, deixando o julgador em um espaço não regulado. Em outras palavras, não se identifica uma regra preexistente que forneça a orientação completa de que o julgador necessita.

¹⁷⁴ “Os *termos gerais* seriam inúteis para nós enquanto meio de comunicação, se não existissem tais casos familiares e geralmente incontestáveis”. (HART, H.L.A, op. cit, p. 139-140, sem grifos no original). Todavia, se ocorrer um incêndio no parque, nenhum aplicador hesitará em permitir a entrada dos carros de bombeiros, conquanto não haja dúvidas de que tais objetos se enquadrem na categoria de veículos (MASSINI, Carlos Ignacio. *La prudencia jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 21-30).

¹⁷⁵ “Haverá na verdade *casos simples* que estão sempre a ocorrer *em contextos semelhantes*, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis ('Se existir algo qualificável como um veículo, um automóvel é-o certamente') mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não ('A expressão veículo' usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?'). Estes últimos são situações de facto, continuamente lançadas pela natureza ou pela invenção humana, que possuem apenas alguns dos aspectos dos casos simples, mas a que lhes faltam outros” (HART, H.L.A, op. cit, p. 139, sem grifos no original). Note-se que as expressões grifadas sugerem que Hart não está simplesmente adotando exemplos claros de termos gerais, independentemente dos contextos em que tais termos surjam. A simplicidade do caso exige a conjugação dos termos gerais nos respectivos contextos a que estão ligados. Essa parece ser a interpretação correta do pensamento hartiano, em que pese haver momentos em que pareça que Hart esteja tratando simplesmente de expressões dotadas de generalidade.

direito¹⁷⁶. O direito que a autoridade encontra não passa do uso que corriqueiramente se faz daquela regra. Assim, à época das leis norte-americanas de segregação racial dos estados sulistas, o uso claro da décima quarta emenda era possibilitar escolas exclusivas de negros e de brancos. Atualmente, o uso claro desse princípio é completamente distinto. Hart falha em explicar a objetividade que ele defende¹⁷⁷, porque o fato de uma regra ser utilizada de uma maneira não implica ausência de interpretação, o que se confirma pelas constantes transformações interpretativas em torno de textos jurídicos.

Dito de outra maneira, ainda que se possa realmente diferenciar casos claros de não claros, a tese dos fatos sociais e da descrição neutra não podem assegurar o grau de objetividade pretendido por Hart. Saber se o caso é claro ou não depende de juízos que vão além de identificar quais os padrões normativos vigentes em uma determinada ordem jurídica. Isso pode facilmente ser demonstrado a partir de exemplos.

Tome-se em consideração o artigo 102, inciso I, alínea ‘f’, da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal julgar as causas em que haja litígio entre União e Estados. Aparentemente, basta que a União seja autora e o Estado-membro réu ou o contrário para que a Corte tenha de atuar. Todavia, o Supremo, interpretando essa regra, passou a entender que a sua competência somente se estabelece quando há a afirmação de uma possível lesão ao pacto federativo¹⁷⁸. Sem isso, segue-se a regra do artigo 109, inciso I, da mesma Constituição. Logo, mesmo um

¹⁷⁶ O próprio Hart, em escrito posterior, admite haver revisto o posicionamento externado em *O Conceito de Direito*: “Mas há um defeito grave em meu argumento a esse respeito, uma vez que é um defeito de substância e não meramente de exposição. O Ensaio 3 [“Problemas da Filosofia do Direito”, que adota a mesma posição de “O Conceito de Direito”] trata da indeterminação das regras jurídicas como se fosse sempre uma questão linguística, isto é, simplesmente uma função da indeterminação das palavras utilizadas nas formulações de uma regra particular. De fato, como percebi posteriormente e afirmei no Ensaio 4, a questão de se uma regra se aplica ou não a determinada situação de fato não é idêntica à de se, de acordo com as convenções da linguagem estabelecidas, isto é determinado ou é deixado em aberto pelas que compõem tal regra” (HART, H.L.A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*, 2010, p. 8-9). Apesar disso, Hart não reestruturou a distinção entre casos fáceis e casos nebulosos, razão pela qual a crítica geral, desenvolvida no corpo do texto, permanece.

¹⁷⁷ A tese da textura aberta é completamente correta, porque quando se lê “automóvel”, compreende-se algo, existe uma zona de sentido claro. O problema é que, mesmo que se somem todas as “zonas de clareza” de cada expressão geral isolada, isso não é suficiente para divisar casos claros dos não claros. O exemplo do incêndio e da entrada dos carros de bombeiros demonstra isso. Da mesma maneira, se as zonas de clareza e de penumbra forem definidas pelo acordo geral prévio sobre o uso de determinada regra para determinada situação, o que suporta a objetividade desse acordo? Isso não é respondido por Hart. Essa descrição parece altamente contrária à realidade dos fatos, em que aquilo que se encontra na zona de clareza de uma regra pode variar amplamente ao longo do tempo. Em outras palavras, o fato de haver acordo geral sobre a utilização de uma regra em determinada situação não significa que não haja interpretação a seu respeito. Justamente porque há interpretação, o que é claro hoje pode não sê-lo amanhã. Em suma, o fato de haver zonas claras de sentido das palavras que empregamos, tornando possível a comunicação, não dispensa a interpretação (isto é, a atribuição de um propósito à regra, atualizando o seu sentido nas circunstâncias práticas). Por isso, um caso somente é claro ou não depois de interpretado.

¹⁷⁸ Vide, por exemplo, a ACO 641 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 24/04/2003, DJ 03-06-2005.

caso que parecia claro – a competência do Supremo para julgar o conflito entre a União e um Estado – pode exigir mais do que mera constatação por parte dos juízes.

Avançando em outro exemplo, de acordo com o artigo 5º da Constituição brasileira, “[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Valendo-se das regras gramaticais vigentes na língua portuguesa, somente os estrangeiros residentes no País teriam assegurados direitos fundamentais pelo Estado brasileiro. Todavia, é impensável que um estrangeiro, de passagem pelo País, não possa impetrar um *habeas corpus* ou invocar direitos fundamentais¹⁷⁹.

Esses exemplos demonstram o seguinte: a tarefa de interpretar o direito não é totalmente coincidente com a tarefa de *identificar* o direito. Os critérios informados pela regra de reconhecimento hartiana servem para identificar o direito válido em uma ordem jurídica, mas não são critérios de *interpretação*. Nessa linha, concorda-se profundamente com Juliano Maranhão, no sentido de que as perguntas “o que é o direito”, “como interpreto o direito” e “como deve ser o direito” são diferentes¹⁸⁰. O positivismo jurídico não percebeu esse problema. Seu projeto prometia responder “o que é o direito” e recusava-se peremptoriamente a tratar de “como deve ser o direito”. Quanto à pergunta “como interpreto o direito”, o positivismo jurídico dava sempre a mesma resposta: “não importa”¹⁸¹.

A título de exemplo, a ciência do direito, para Kelsen, é capaz de descrever normas, tratando-se de uma atividade cognitiva. Essa atividade de descrição identifica um conjunto de possibilidades de aplicação, a que Kelsen chama de moldura. Ultrapassada a fronteira da moldura, o juiz realiza opções valorativas, que até podem ser racionais, mas que estarão ligadas a outros sistemas de normas, como a moral, a justiça ou a economia¹⁸². Por isso, a interpretação autêntica do direito, isto é, aquela promovida pelos órgãos encarregados de aplicá-lo, combinaria a interpretação cognoscitiva com “um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela

¹⁷⁹ Consulte-se HC 102041, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010.

¹⁸⁰ MARANHÃO, Juliano. Positivismo lógico-inclusivo, p. 32.

¹⁸¹ MARANHÃO, Juliano. Positivismo lógico-inclusivo, p. 37.

¹⁸² “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc” (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 393).

mesma interpretação cognoscitiva¹⁸³”. O voluntarismo kelseniano não para aí, pois o autor se apressa em esclarecer que, pela interpretação autêntica, será perfeitamente válida “uma norma que se situe completamente fora da moldura¹⁸⁴”, diante da autoridade da decisão judicial.

Hart, por sua vez, separou os casos claros dos nebulosos justamente em função da necessidade de interpretação: se a mera identificação de uma regra for suficiente para resolver o caso, ele é claro; do contrário, aí sim há necessidade de interpretação, que é vista como uma atividade discricionária. Hart foi até longe demais para o projeto positivista, uma vez que se preocupou em indicar que seria racional – mas não obrigatório – cotejar os casos nebulosos aos claros a partir de critérios de semelhança¹⁸⁵.

Uma vez que a moldura kelseniana não assegura alguns casos em que normas trazem segurança jurídica, reconhece-se que Kelsen adota uma tese fraca da objetividade, isto é, todo o problema da aplicação do direito é relegado ao plano da discricionariedade. Por sua vez, Hart trabalha com uma tese forte da objetividade dos fatos sociais, na medida em que identifica uma parcela de casos claros, reservando o exercício do poder discricionário aos nebulosos¹⁸⁶.

2.4.2 Discricionariedade: ela existe, afinal?

Na tradição do direito anglo-americano, a discricionariedade – como já restou evidenciado nos tópicos anteriores – consiste no poder de criar o direito, isto é, de ir além do que textos jurídicos preexistentes determinam. O positivismo jurídico utilizou a tese da discricionariedade, pela qual se franqueia a criação do direito nos casos nebulosos, para suprir as deficiências em torno da reflexão da interpretação.

Em *O Império do Direito*, Dworkin abandona a distinção entre os sentidos fraco e forte da discricionariedade, mas, de forma coerente com a obra anterior, assevera que, em um sentido trivial, juízes sempre criam direito novo diante de casos difíceis, já que estabelecem regras, princípios e ressalvas nunca antes feitas oficialmente. Tais criações, porém, são apresentadas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é¹⁸⁷.

No Pós-Escrito, Hart respondeu a Dworkin que, em qualquer caso difícil, princípios distintos vão autorizar analogias conflitantes, de modo que o juiz terá de optar entre

¹⁸³ Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 394.

¹⁸⁴ Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 394.

¹⁸⁵ Hart, H.L.A. O conceito de direito, p. 140.

¹⁸⁶ Maranhão, Juliano. Positivismo lógico-inclusivo, p. 37-39.

¹⁸⁷ Dworkin, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 9.

as diversas justificações morais, tal como um legislador consciencioso faria, a partir da sua percepção de como o direito hierarquiza prioridades. Logo, continuar-se-ia sendo adequado falar em discricionariedade, porque o juiz criaria o direito, em vez de simplesmente encontrá-lo nas regras existentes¹⁸⁸. Ainda que se admita a existência de padrões jurídicos identificáveis a partir da moralidade política do direito, eles não eliminariam a discricionariedade, apenas a retardariam, isto é, a discricionariedade entraria em jogo depois da identificação dos princípios.

Como se vê, as divergências entre Hart e Dworkin no que concerne à discricionariedade são, em certo sentido, aparentes e, em outro, reais. Aparentes porque ambos descrevem o que fazem os juízes em casos difíceis como criação do direito, ou seja, como exercício de um poder discricionário. Todavia, o aspecto real da divergência entre eles é que, para Dworkin, esse processo de criação já é, em si mesmo, regulado pelo direito. Desse modo, entende-se por absolutamente correto o diagnóstico de Scott J. Shapiro, para quem a verdadeira divergência entre Hart e Dworkin não reside na discricionariedade, e sim nas diferentes concepções acerca da natureza do direito¹⁸⁹.

2.4.2.1 Um breve registro da discricionariedade à luz da distinção entre texto e norma

Outro caminho para relacionar a discricionariedade à interpretação consiste na distinção entre texto e norma¹⁹⁰. Riccardo Guastini abre *Das fontes às normas* aduzindo que, por interpretação jurídica, ele entende a atribuição de sentido a um texto normativo, destacando, ainda, que essa definição sublinha os componentes volitivos e decisórios da

¹⁸⁸ HART, H.L.A. O conceito de direito, 2001, p. 338.

¹⁸⁹ “Como podemos ver, o debate entre Hart e Dworkin não diz respeito a se o direito contém tanto princípios como regras. Essa não pode ser a questão do debate porque isso jamais foi *uma* questão do debate. Contrariamente à interpretação de Dworkin, Hart nunca sustentou um modelo de regras, seja explícita, seja implicitamente. Nem seria preciso afirmar que a questão central gire em torno da discricionariedade judicial. Para ser preciso, Hart e Dworkin não divergiram sobre se juízes possuem discricionariedade forte em casos difíceis. Ainda assim, essa é uma disputa derivativa: os dois lados tomaram suas posições em relação à discricionariedade judicial por causa de suas muito diferentes teorias acerca da natureza do direito” (SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: a short guide for the perplexed, p. 17). No original: “As we can see, the debate between Hart and Dworkin does not concern whether the law contains principles as well as rules. This cannot be the issue of the debate because it was never an issue of the debate. Contrary to Dworkin’s interpretation, Hart never embraced the model of rules, either explicitly or implicitly. Nor would it be accurate to claim that the core issue of the debate revolves around the question of judicial discretion. To be sure, Hart and Dworkin did disagree about whether judges have strong discretion in hard cases. Yet this dispute is a derivative one: both sides take their positions on judicial discretion because of their very different theories about the nature of law”.

¹⁹⁰ Trata-se de um debate posterior à formulação da textura aberta de Hart e às primeiras versões da crítica de Dworkin ao positivismo jurídico. Na teoria do direito de língua inglesa, a distinção entre texto e norma não recebe a atenção nem mesmo dos jusfilosófos posterior a Hart, a exemplo de MacCormick, Joseph Raz, Frederick Schauer, Scott Shapiro e outros.

atividade interpretativa¹⁹¹.

Trilhando essa mesma linha, Humberto Ávila assevera que textos são objeto da interpretação, enquanto normas, o resultado¹⁹². Em outras palavras, a atividade da interpretação toma o texto como seu objeto para atribuir a ele significado, resultando na norma jurídica¹⁹³. Desse modo, “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto¹⁹⁴”.

A grande dificuldade dessa distinção está, justamente, no controle da discricionariedade. Humberto Ávila, por exemplo, apressa-se em destacar que o intérprete não está livre para chegar à conclusão que bem entende, já que os textos possuem mínimos semânticos que funcionam como pontos de partida para a atividade reconstrutiva que é a interpretação¹⁹⁵. Por isso, embora por outro caminho, a discussão subjacente à distinção texto e norma é a mesma: a atividade de interpretação implica valorações e escolhas. Como controlar a discricionariedade é o grande problema.

2.5 O DIREITO COMO EMPREENDIMENTO COLETIVO

A passagem do Estado liberal de direito para o Estado constitucional veio acompanhada de transformações profundas. A mais significativa delas foi o reconhecimento da força normativa da Constituição, por haver acarretado a inserção, no domínio do direito propriamente dito, das normas principiológicas, as quais eram anteriormente vistas como meras exortações morais aos legisladores¹⁹⁶. Com isso, textos que consagram a dignidade

¹⁹¹ GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 23.

¹⁹² ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

¹⁹³ A distinção – ou a *diferença* entre texto e norma, caso se adote o viés da hermenêutica filosófica – entre texto e norma é a antessala de outra distinção, ultimamente reputada muito relevante, entre regras e princípios. Por razões estritamente pragmáticas, evita-se ingressar no debate acerca de regras e princípios, o qual desviaria bastante o trajeto planejado. Há um vasto rol de textos sobre o tema. Recomenda-se enfaticamente a leitura do brilhante artigo “Princípios e coerência na argumentação jurídica”, de Cláudio Michelon, referenciado ao final da pesquisa. Para uma concepção alexyana sobre princípios, a qual parece predominar no Brasil, recomenda-se a consulta à obra “*Teoria dos Direitos Fundamentais*” de Robert Alexy. Outra visão influente é a de Humberto Ávila, cujo livro foi mencionado numerosas vezes neste tópico. O autor brasileiro, no entanto, trabalha não só com regras e princípios, mas também com postulados normativos.

¹⁹⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 31-32.

¹⁹⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 31-32.

¹⁹⁶ Sobre a passagem do Estado liberal de direito para o Estado constitucional, consulte-se amplamente ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. 11.ed. Madri: Editorial Trotta, 2011. Sobre o impacto dessa passagem pelo prisma dos princípios jurídicos, consulte-se ROCHA, Mauro Sérgio. Aplicação direta dos princípios constitucionais: controle de constitucionalidade das decisões judiciais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.

humana, as liberdades de expressão e de pensamento e a igualdade entre as pessoas, independentemente de raça, credo ou sexo, tornaram-se vinculativos, isto é, passaram a constituir argumentos para pretensões jurídicas concretas.

A depender do nível de generalidade com que sejam avaliados, tais princípios podem causar mais divergências do que consensos. Ninguém discordará que a Constituição de 1988 reconhece o princípio da igualdade como um direito fundamental. Nada obstante, o fato de haver consenso em um nível de generalidade não significa que diferentes atores sociais estarão de acordo acerca das implicações específicas de um determinado princípio¹⁹⁷. Tomem-se como exemplos o casamento e a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Parte da sociedade suporá que, pelos princípios da igualdade e da dignidade humana, não faz sentido negar aos homossexuais o direito de casar e de constituir união estável, ao passo que outra parcela sustentará que, daquelas cláusulas, não se pode extrair tal consequência. De igual sorte, diferentes atores podem discordar sobre como conciliar, de um lado, os direitos à informação do público em geral e de liberdade de imprensa e, do outro, o direito de privacidade e de intimidade das pessoas que estão no centro das coberturas jornalísticas. Isso torna absolutamente verdadeira a ponderação de Gustavo Zagrebelsky de que as ordens constitucionais contemporâneas são fluídas e flexíveis, comprometendo-se com valores não absolutos e conflitantes uns em relação aos outros¹⁹⁸.

Pelas lentes do positivismo jurídico, a passagem do Estado de direito clássico para o Estado Constitucional outorgaria um poder discricionário praticamente ilimitado às cortes, já que as normas constitucionais são extremamente vagas, oferecem orientações práticas escassas e, ainda por cima, autorizam diversas interpretações conflitantes. Por essa razão, vários teóricos do direito, a exemplo de Dworkin, MacCormick, Schauer e Alexy, preocuparam-se com a racionalidade da decisão judicial, buscando tornar controlável a

¹⁹⁷ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge University Press, 2008, p. 9-10.

¹⁹⁸ “Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores e principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, p. 14-15).

discrecionariedade judicial¹⁹⁹.

Especificamente no caso de Dworkin, o jusfilósofo norte-americano sustentou a existência de respostas certas no direito, inclusive em casos moralmente controvertidos. Há dois obstáculos contundentes a respeito da importância prática da tese dworkiniana: o primeiro consiste no reconhecimento, por ele mesmo, de que não há como provar que se alcançou a resposta certa; o segundo, em certo sentido mais grave, de que juízes partem de suas próprias convicções políticas e morais para interpretar o direito²⁰⁰.

Deveras, Hart tem absoluta razão em caracterizar o projeto de uma resposta certa como um “nobre sonho”. A prática demonstra que muitos julgados das cortes podem ser explicados simplesmente com referência às ideologias dos seus julgadores, o que implicaria que ou eles não se sentem constrangidos pela história das instituições, ou a metodologia dworkiniana é vaga demais para alcançar os resultados que pretende²⁰¹.

¹⁹⁹ O controle da discrecionariedade judicial é a preocupação central de Mauro Sérgio Rocha, quando se propõe a investigar as possíveis balizas na aplicação direta de princípios constitucionais (ROCHA, Mauro Sérgio. Aplicação direta dos princípios constitucionais: controle de constitucionalidade das decisões judiciais, p. 23-24).

²⁰⁰ Como o próprio Dworkin ressalta, “[j]uízes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagônicas, e a lâmina das interpretações de diferentes juízes será afiada por diferentes ideologias” (Império do Direito, p. 110-111). Em outra obra, Dworkin é ainda mais explícito na relação entre direito e ideologias: “A leitura moral, portanto, traz a moralidade política ao coração do direito constitucional. Mas a moralidade é inerentemente incerta e controversa, de modo que qualquer sistema de governo que incorpora esses princípios deve decidir qual interpretação e entendimento serão obrigatórios. No sistema americano, juízes – em última análise, os juízes do Supremo Tribunal – agora têm essa autoridade, e a leitura moral da Constituição é, portanto, dito pelos seus críticos conferir aos juízes o poder absoluto de impor suas próprias convicções morais ao público. Em breve, tentarei explicar por que essa acusação, em sua forma bruta, está equivocada. Eu devo deixar claro, no entanto, que não há nada de revolucionário na leitura moral na prática. Uma vez que advogados e juízes americanos seguem alguma estratégia coerente de interpretação da Constituição, eles já usam a leitura moral, o que espero que este livro deixará bem claro” (DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Oxford University Press, 1996, p. 2. No original: “*The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law. But morality is inherently uncertain and controversial, so any system of government that makes such principles part of its law must decide whose interpretation and understanding will be authoritative. In the American system judges - ultimately the justices of the Supreme Court - now have that authority, and the moral reading of the Constitution is therefore said by its critics to give judges absolute power to impose their own moral convictions on the public. I shall shortly try to explain why that crude charge is mistaken. I should make plain first, however, that there is nothing revolutionary about the moral reading in practice. So far as American lawyers and judges follow any coherent strategy of interpreting the Constitution at all, they already use the moral reading, as I hope this book will make plain*”).

²⁰¹ Em *Freedom's Law*, Dworkin sustenta que, embora juízes tragam suas concepções morais para interpretar a constituição, eles não podem distorcer a leitura da constituição, como se ela endossasse quaisquer de suas convicções. Desse modo, Segundo Dworkin, juízes devem-se considerar parceiros da elaboração de uma moralidade constitucional coerente, e eles devem tomar o cuidado de perceber se a contribuição deles - a concepção moral que estão propondo - se encaixa (*fit*) com o restante. Desse modo, mesmo um juiz que acredite que o conceito de justiça exija igualdade econômica não pode interpretar a cláusula de proteção igualitária como igualdade de riqueza, ou propriedade coletiva dos recursos produtivos como uma exigência constitucional, porque tal interpretação não se adequa à história institucional norte-americana (Dworkin, Ronald. *Freedom's law*, p. 10-11). Não obstante, afirmar que juízes não podem ler o que quiserem e bem entenderem na constituição é muito pouco para apostar, por exemplo, em um sistema de precedentes baseado não em autoridade, mas apenas em convencimento racional. Como bem observa David Beatty a respeito da teoria dworkiniana sobre a jurisdição constitucional, “o maior problema com o modelo de Dworkin é que ele

Há duas possíveis atitudes diante da discricionariedade judicial: ou se pressupõe tratar-se de um poder individual conferido a cada juiz e autoridade competente para julgar casos, especialmente os controvertidos, de acordo com suas convicções morais e preferências²⁰², ou se aceita que se trata de um poder a serviço de necessidades sociais²⁰³, que deve ser limitado por exigências de igualdade²⁰⁴, coerência, integridade e estabilidade, tal como preconizado pelo artigo 5º da Constituição Federal e pelo artigo 926 do Código de Processo Civil.

Na primeira leitura, a existência de decisões contraditórias no Estado de Direito é apenas uma fatalidade contra a qual nada se pode fazer, senão “torcer” para que os juízes e autoridades tenham convicções cada vez mais homogêneas a respeito dos variados assuntos de que trata o direito. Na segunda leitura, decisões contraditórias são, até certo ponto, inevitáveis, mas são compreendidas como *problemas de coordenação*, isto é, descompassos entre atores sociais que compartilham os mesmos fins²⁰⁵.

A diferença básica entre tais leituras é a seguinte: ou o direito, na parte que toca

permite a cada um chegar a conclusões diametralmente opostas sobre a constitucionalidade de qualquer que seja a lei submetida a seu controle judicial. Sua teoria oferece-lhes pouca orientação prática acerca do método de raciocínio que devem seguir em cada caso específico. Não lhes apresenta, por exemplo, princípios que lhes permitam decidir quando a história e os precedentes devem determinar um caso ou quando devem prevalecer os princípios fundamentais da filosofia moral e política. Em muitos dos casos mais polêmicos e debatidos sobre aborto, pena de morte, direitos dos *gays* ou direitos sociais e econômicos, a adequação e o valor levam a direções opostas” (BEATTY, David M. A essência do estado de direito, p. 53).

²⁰² Nessa linha, Jeremy Waldron destaca que, em um Estado de Direito, o exercício do poder deve ser não somente limitado, mas também as pessoas que o exercem devem fazê-lo a partir de uma estrutura prévia e conforme a normas públicas, e não a partir de suas próprias preferências ou ideologias (WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*, p. 3-4).

²⁰³ “De facto, todos os sistemas, de formas diferentes, chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais: a necessidade de certas regras que podem, sobre grandes zonas de conduta, ser aplicadas com segurança por indivíduos privados a eles próprios, sem uma orientação oficial nova ou sem ponderar as questões sociais, e a necessidade de deixar em aberto, para resolução ulterior através de uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto” (Hart, H.L.A. O Conceito de Direito, p. 143, sem grifos no original).

²⁰⁴ É muito importante perceber que, para além da igualdade perante a lei, em um Estado de Direito, é necessária a igualdade perante a interpretação das leis, sendo esse um dos valores que justificam um sistema de precedentes obrigatórios. Sobre o tema, consulte-se MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 115-117.

²⁰⁵ Na concepção de David Lewis, quando duas ou mais pessoas devem escolher uma de várias ações possíveis para alcançar um determinado fim, a atuação desarmoniosa entre elas conduz a problemas de coordenação. Dentre os vários exemplos por ele indicados, se duas pessoas estão conduzindo uma embarcação, é muito importante que remem de forma ritmada, do contrário irão navegar erráticamente, esbarrando-se em vários obstáculos. De igual sorte, se se quer ter um sistema de trânsito eficiente, é melhor convencionar em que sentido os carros das pistas direita e esquerda devem trafegar do que deixar que cada um decida, de acordo com critérios desconhecidos, de que lado da pista vão dirigir (LEWIS, David. *Convention: a philosophical study*, 2002, p. 5-8). Não se está aqui defendendo a aposta de Lewis de que convenções resolvem problemas de coordenação, embora essa ideia costume *inspirar* a tradição positivista (HIMMA, Kenneth Einer. *The conceptual foundation of legal positivism consists in three commitments: the Social Fact Thesis, the Conventionality Thesis, and the Separability Thesis*, p. 7-17; MARMOR, Andrei. *Social conventions: from language to law*, 2009). O ponto é destacar que problemas de coordenação são problemas decorrentes da necessidade de haver uma ação coordenada em um determinado sentido, o que implica o compartilhamento de fins entre diferentes agentes.

aos processos decisórios judiciais, é visualizado como microcosmos insulados, que dizem respeito exclusivamente àquelas partes e àquele juiz, ou é visualizado como um empreendimento coletivo, em que diversos atores precisam cooperar para alcançar fins socialmente compartilhados. A partir da segunda leitura, decisões contraditórias explicitam problemas de coordenação, na medida em que juízes e autoridades, apesar de previamente comprometidos com princípios que tencionam pela unidade da interpretação judicial, divergem e decidem casos semelhantes de forma diferente.

Por mais que se desconfie da capacidade da teoria dworkiniana alcançar as suas pretensões de única resposta certa, sobretudo a partir do engajamento em questões moralmente controversas, ela tem o grande mérito de enfatizar o caráter coletivo do empreendimento interpretativo mediante a metáfora do romance em cadeia. Desse modo, cada juiz deve continuar a história em progresso, da forma mais coerente possível, sendo uma imagem inegavelmente poderosa, ainda que não se aceite boa parte dos compromissos teóricos assumidos por Dworkin.

No entanto, é impraticável apostar na metodologia interpretativista dworkiniana, outrora apresentada, para resolver problemas de coordenação. Se juízes partem de suas próprias convicções políticas e ideológicas e se as sociedades atuais são tão complexas, que as próprias constituições podem abrigar ideologias conflitantes, então as teorias jurídicas que apostam francamente no raciocínio moral fracassarão glamorosamente, se pretenderem resolver problemas de coordenação.

Por isso, nem os textos constitucionais, nem metodologias baseadas na correção moral podem evitar ou resolver adequadamente problemas com grande densidade moral. Reconhecendo que tais controvérsias são inevitáveis, as ordens jurídicas, afirmam Larry Alexander e Emily Sherwin, delegam a determinadas autoridades o poder de resolvê-las, reduzindo os custos morais decorrentes dos desacordos e das incertezas em relação aos direitos fundamentais²⁰⁶.

Em linha semelhante, Scott J. Shapiro justifica a autoridade das instituições jurídicas a partir das chamadas “circunstâncias da juridicidade”, que nada mais são do que as condições sociais que tornam desejáveis formas mais sofisticadas de planejamento social. Segundo o jusfilósofo, sempre que uma comunidade tiver numerosos e sérios problemas morais cujas soluções sejam complexas, contenciosas ou arbitrárias, tornar-se-ão necessários métodos sociais que somente as instituições jurídicas estão em condições de oferecer. Assim,

²⁰⁶ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge University Press, 2008, p. 10.

quando comparadas a outras formas de resolução de conflitos, tais como soluções espontâneas, acordos privados ou mero convencimento racional, as instituições jurídicas são mais organizadas e, dessa maneira, conseguem reduzir os custos e os riscos da deliberação acerca de problemas morais²⁰⁷.

Não há dúvidas de que tratar o direito como um empreendimento coletivo seja o único caminho viável para controlar a discricionariedade judicial. Se cada juiz comportar-se como um centro de poder individualizado, sem qualquer compromisso com o que já foi decidido por seus pares, o direito, em vez de resolver problemas, passa a criá-los. Mas tratar o direito como empreendimento coletivo exige, em grande dose, que juízes aceitem a autoridade exercida por Cortes superiores, especialmente as Supremas, abrindo mão de decidirem de forma completamente independente das decisões do passado. Um sistema de precedentes consiste, assim, em uma forma específica de concepção do direito enquanto empreendimento coletivo. É por isso que, desde o capítulo inaugural, afirmou-se que precedentes judiciais implicam um pacto intertemporal entre juízes. O que esse pacto exige é o que se estudará nos capítulos a seguir.

²⁰⁷ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 170. Em 2015, Luiz Henrique Krassuski Fortes escreveu uma excelente dissertação, utilizando a teoria do direito como planejamento de Scott J. Shapiro como estrutura de justificação de um sistema de precedentes. Assim, para quem quiser obter mais informações sobre a teoria de Shapiro, consulte-se FORTES, Luiz Henrique Krassuski. *Justificação dos precedentes: direito como planejamento, Poder Judiciário e motivação a partir do precedente*. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

3 MODELOS TEÓRICOS DE AUTORIDADE DOS PRECEDENTES

3.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Este capítulo visa explorar os modelos teóricos sobre a autoridade vertical dos precedentes, isto é, a autoridade sobre julgadores que *não* dispõem de poderes para revogar o precedente. Para tanto, o capítulo trabalhará o conceito de autoridade, os modelos teóricos de vinculação por precedentes e como a prática do precedente no Brasil acomoda-se nesse quadro.

3.2 O SIGNIFICADO DA AUTORIDADE

Com perspicácia, Hart observou que, onde quer que se fale em direito, certas condutas são obrigatórias ou, pelo menos, não facultativas²⁰⁸. Isso significa que a ideia central do direito é a sua capacidade de gerar comportamentos que as pessoas não teriam na ausência dele. Empregando exemplos práticos, talvez os agentes públicos pensem que a melhor forma de adquirir bens e serviços para a administração seja por contratações diretas e desburocratizadas. Ainda assim, eles seguem o que as leis de licitação prescrevem porque estão obrigados a fazê-lo. Talvez muitos juízes repute injusta a alíquota do imposto de renda, mas nem por isso julgarão procedentes as pretensões dos contribuintes simplesmente porque discordam da carga tributária brasileira.

A percepção de que o direito, em muitas circunstâncias, obriga a fazer aquilo que não se faria em sua ausência é o ponto inicial para compreender a autoridade. Como observa Schauer, normas jurídicas não só indicam o que deve ser feito, quando ocorridas as circunstâncias fáticas por elas descritas, mas funcionam como razões que excluem considerações – inclusive as boas ou corretas sob os pontos de vista moral e pragmático – que recomendariam agir de outra maneira²⁰⁹. Retornando ao exemplo da licitação, agentes públicos poderiam sustentar – e talvez provar – que muitos dos itens normalmente adquiridos pela administração podem ser obtidos, a preços menores, em supermercados. Poderiam aduzir, ainda, que as vantagens ofertadas pelo regime jurídico público (as chamadas “cláusulas exorbitantes”) acarretam preços mais altos²¹⁰. Não obstante, ainda que se consiga

²⁰⁸ HART, H.L.A. Conceito de direito, p. 10

²⁰⁹ SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer, p. 61

²¹⁰ Vide o artigo 78, inciso XV, da Lei 8.666/93.

demonstrar matemática e estatisticamente a veracidade de tais considerações, elas não permitem derrotar a existência de regras que obrigam a licitar.

Schauer afirma que, por serem dotadas de autoridade, regras obrigam não por causa do seu conteúdo, mas por força de suas origens formais²¹¹. É o fato de o Congresso Nacional haver editado a lei 8.666/93 a partir de certo procedimento que a torna obrigatória. Certamente, se a obrigatoriedade da lei dependesse da qualidade das razões e das soluções que ela apresenta, alguns se julgariam obrigados a segui-las, ao passo que outros, não. Talvez muitos encarem a autoridade, assim descrita, como algo restritivo demais, quicá antidemocrático. No entanto, a célebre afirmação “decisão judicial não se questiona, se cumpre”, muitas vezes mencionada por políticos, advogados ou cidadãos, não passa do reconhecimento de que decisões – assim como outras normas jurídicas – são tratadas como válidas independentemente dos seus méritos²¹².

Joseph Raz afirma que as normas jurídicas substituem as razões que o destinatário teria para agir por aquelas encarecidas pela própria norma. Esse fenômeno de excluir razões é chamado de preempção²¹³. Para compreender adequadamente a preempção, é necessário dominar a distinção entre razões de primeira e de segunda ordem²¹⁴. Na lógica defendida por Raz, as razões de segunda ordem excluem as de primeira ordem por tipo, e não por peso²¹⁵.

²¹¹ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*, p. 62

²¹² Sem dúvida alguma, as ordens jurídicas contemporâneas cercam-se de mecanismos que legitimam a autoridade, especialmente a do Poder Judiciário. Owen Fiss bem os destaca, ao pontuar que juízes devem ser independentes em relação aos interesses das partes e do corpo político, são obrigados a decidir pretensões que talvez preferissem ignorar, devem escutar todos os envolvidos, assumem responsabilidade pessoal por suas decisões, tanto que as assinam e as tornam públicas, bem como têm o dever de justificar suas decisões a partir de parâmetros universais. Desse modo, conclui Owen Fiss, o direito estabelece padrões substanciais e procedimentais de correção, capazes de atribuir certa objetividade aos julgamentos (FISS, Owen. *Objectivity and Interpretation*, p. 754-755). Não obstante, o controle da legitimidade é sempre procedimental. Ao fim e ao cabo, uma decisão injusta transitada em julgado é tão obrigatória quanto uma decisão justa transitada em julgado.

²¹³ Preempção é o termo que Joseph Raz utiliza para descrever essa característica pela qual se excluem razões. (RAZ, Joseph. *Authority, Law, and Morality*. In: RAZ, Joseph. *Ethics the public domain: essays in the morality of law and politics*, p. 213).

²¹⁴ Para entender a preempção, é necessário conhecer a distinção entre razões de primeira ordem e razões de segunda ordem. Razões de primeira ordem são razões para agir ou decidir em determinado sentido. Na vida prática, quando é necessário tomar uma decisão, é comum que as pessoas listem as razões a favor e contra determinado curso de ação. Todas essas razões são de primeira ordem. Razões de segunda ordem, por outro, são razões para agir ou para não agir com base em uma razão, e não com base no balanço entre as várias razões possíveis. Retornando ao exemplo da Lei 8.666/93, se ela for tomada como uma razão de segunda ordem, ela exclui as variadas razões que seriam contrapostas no balanço entre razões, substituindo-as pela razão que orienta a seguir a lei. Segundo Raz, é assim que a autoridade funciona, substituindo o nosso raciocínio independente por aquela razão determinada pela autoridade (Razão prática e normas, p. 31-32 e 59).

²¹⁵ Raz afirma que os conflitos entre razões de primeira ordem e de segunda ordem “se resolvem não pela força das razões conflitantes, mas por um princípio geral de raciocínio prático que determina que razões excludentes sempre prevalecem, quando em conflito com razão de primeira ordem” (Razão prática e normas, p. 32). Mais para frente, ele continua: “Uma vez que se estabelece que uma norma se aplica ao caso em questão, não precisamos nos preocupar com o peso das razões conflitantes que afetam o caso. Elas, na

Por isso, quando elas entram em conflito, não é necessário descobrir qual delas seria a mais forte no balanço entre as razões. Um princípio de razão prática implica que as de segunda ordem prevaleçam, justamente porque elas pré-excluem as de primeira ordem. Assim, quando um superior hierárquico emite uma ordem a um subordinado, este está obrigado a cumpri-la independentemente de considerar a existência de boas razões para agir em sentido contrário. A ordem exerceu preempção sobre o raciocínio independente do oficial subalterno²¹⁶.

Não se intenciona oferecer uma análise de como a autoridade funciona de um modo geral. Esse é um dos debates mais difíceis e delicados da teoria do direito. Aceita-se, no entanto, a ideia básica raziana de que a autoridade exclui razões. Todavia, a argumentação que se avançará aqui é no sentido de que precedentes judiciais, mesmo os vinculantes, não agem substituindo por completo o raciocínio independente dos julgadores. A autoridade dos precedentes funciona como uma força intensa o bastante para excluir certas razões, mas flexível o bastante para que determinadas justificações permitam desviar-se de sua autoridade²¹⁷. Esse é o modelo que melhor traduz a prática dos precedentes no âmbito do *common law*²¹⁸.

Isso nos obriga, ainda, a minimizar a rígida distinção entre precedentes persuasivos e obrigatórios (ou vinculantes). A distinção é pertinente se, por persuasivo, defender-se um modelo em que um precedente pode ter sua autoridade negada pelo simples fato de o julgador atual reputá-lo equivocado. Definitivamente, não se defende um modelo como esse. Mesmo assim, a distinção rígida entre vinculação e persuasão pode obscurecer o fato de que a permanência e a amplitude dos precedentes obrigatórios dependem fundamentalmente da capacidade de arregimentar a obediência de futuros julgadores na base

maioria das vezes, são excluídas e sua exclusão não é uma questão de peso. Ela é determinada pelo fato de que a norma é uma razão de segunda ordem. Assim, as normas têm uma relativa independência das razões que as justificam” (Op. cit., p. 74).

²¹⁶ Schauer concebe uma teoria da autoridade muito influenciada por Raz. No entanto, como veremos no tópico 3.4, o jusfilósofo norte-americano a atenua, reconhecendo que regras possuem dimensão de peso, de modo que circunstâncias particularmente exigentes podem derrotar razões obrigatórias.

²¹⁷ O próprio Raz parece aceitar a ideia de que razões de segunda ordem possam excluir algumas, em vez de todas as razões conflitantes (Idem, p. 32). Mesmo assim, as conclusões que serão defendidas acerca da autoridade do precedente não se baseiam no modelo raziano, embora parta da intuição de que normas jurídicas excluam, senão completamente, ao menos em parte, razões conflitantes.

²¹⁸ Curiosamente, Joseph Raz concorda com esse diagnóstico. Isso porque, quando trata dos precedentes em seu “*The authority of law*”, o jusfilósofo reconhece que, na prática do *common law*, o que vincula não é a formulação canônica da regra do precedente, e sim sua racionalidade fundamental. Não disponho de conhecimento suficiente da teoria raziana para afirmar se Raz está sendo coerente ou incoerente com suas premissas gerais, no entanto não se pode perder de vista que o jusfilósofo distingue o raciocínio jurídico puro do raciocínio que julgadores realizam na prática. Para Raz, julgadores possuem responsabilidade moral, o que os leva a decidir com base em parâmetros que vão além do direito. Talvez a análise dos precedentes feita por Raz já leve em consideração o fato de que julgadores não se mantenham adstritos àquilo que as normas jurídicas determinam.

da racionalidade²¹⁹.

3.3 OS MODELOS TEÓRICOS DE CONSTRANGIMENTO POR PRECEDENTES

3.3.1 Os modelos de constrangimento delineados por Larry Alexander

Em 1989, Larry Alexander escreveu um ensaio em que identificava três modelos teóricos de constrangimento por precedentes: (a) o modelo natural (*natural model*); (b) o modelo de vinculação por regras canônicas (*rule model*) e (c) o modelo de vinculação pelo balanço de razões que suporta o resultado (*result model*). Segundo o professor da Universidade de San Diego, as diversas teorias sobre a vinculação dos precedentes podem ser reconduzidas a um dos três modelos indicados²²⁰.

3.3.1.1 O modelo natural

O modelo natural é aquele em que “a Corte atual dá às decisões anteriores o peso que tais decisões carregam independentemente de qualquer exigência formal de obediência ao precedente²²¹”. Dito de outra forma, a corte atual decide o caso levando em consideração todos os fatores relevantes, sendo o precedente – especialmente a confiança nele depositada – apenas mais um fator dentre vários que serão considerados para alcançar a decisão²²².

Suponha-se que, no caso $A \times B$, a corte do passado tenha decidido a favor de A . Suponha-se, ainda, a ocorrência de um novo caso ($A' \times B'$), análogo ao primeiro, em que a corte atual, a partir de seu juízo independente – ou seja, desconsiderada a existência do precedente ($A \times B$) –, esteja inclinada a decidir a favor de B' , ou seja, de forma contrária ao que a corte do passado decidiu.

No modelo natural, a existência do precedente ($A \times B$) não é razão determinante e conclusiva. O precedente consiste apenas em um fator de peso para que a corte atual julgue a favor de A' , mesmo reputando incorreta tal solução. Isso significa, portanto, que a simples

²¹⁹ Esse argumento será desenvolvido detalhadamente no capítulo subsequente.

²²⁰ ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedents*, p. 3-5. O objetivo de Larry Alexander é comparar os três modelos em uma situação específica: quando o julgador atual discorda do precedente. Quando o julgador atual concorda com o precedente, a comparação entre os modelos é inútil, porque ou o precedente orientou a fazer aquilo que o julgador já faria ou o precedente apresentou razões que demoveram o julgador daquelas que ele tinha em mente. Seja em um caso, seja em outro, o precedente não obrigou o julgador a alcançar determinado resultado.

²²¹ ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedents*, p. 5.

²²² ALEXANDER, Larry. *Op. cit.*, p. 8-9.

existência do precedente não conduzirá à vitória de A' . A corte atual decidirá de acordo com o balanço de razões que julgar mais adequado, devendo-se levar em conta todos os fatores favoráveis a A' , sendo o precedente $A \times B$ apenas um desses fatores.

É importante perceber que o modelo natural, a que aludiu Alexander, não prescreve que juízes possam ignorar precedentes ou não enfrentá-los em suas justificações. O ponto chave do modelo natural é que precedentes não exercem preempção sobre o julgador atual, isto é, não substituem o raciocínio independente do julgador pelo resultado prescrito. Precedentes funcionam como razões adicionais que pesam a favor de uma das partes.

Diante disso, conclui Alexander, o constrangimento gerado pelo modelo natural não impõe verdadeira vinculação aos precedentes²²³. Isso representa um grande desvalor, porque, quando as cortes buscam os melhores juízos morais, costumam produzir, paradoxalmente, resultados moralmente inferiores àqueles que alcançariam se agissem sob maior constrangimento²²⁴.

3.3.1.2 O *rule model* ou modelo das regras entrincheiradas

O segundo modelo é o *rule model*, a partir do qual as cortes, quando estabelecem um precedente, estão autorizadas não só a resolver casos, mas também a formular normas jurídicas gerais e abstratas. O modelo somente estará preenchido se concorrerem simultaneamente três condições: (i) a regra deve ter uma formulação canônica, tal como “se a , b e c , então d ”, mesmo que não apareça expressamente na decisão; (ii) somente a regra, e não o raciocínio jurídico ou a fundamentação, vincula; (iii) a regra deve ser fixada no momento da formação do precedente, sendo independente de qualquer outra corte²²⁵. O aspecto principal desse modelo é que ele não considera possível que cortes vinculadas restrinjam o âmbito de aplicação da regra do precedente, quer mediante o *distinguishing*, quer mediante o confronto entre a formulação canônica da regra e as razões empregadas pela corte do passado para formar precedentes. Em suma, ou a corte inferior aplica a regra – que, uma vez identificada, desgarra-se da fundamentação – ou, no máximo, pode declarar a não-incidência da regra. O

²²³ ALEXANDER, Larry. Precedential constraint, its scope and strength: a brief survey of the possibilities and their merits, p. 2-3. Subjacente a essa construção, existe uma razão mais importante para Alexander não acreditar na capacidade de vinculação do modelo natural: para ele, não há como precedentes vincularem se a corte atual dispuser do poder de sindicá-los à luz de sua correção moral. Sempre que isso acontecer, ainda que a corte atribua algum peso ao precedente que reputa incorreto, ela continuará escolhendo seguir ou não o precedente, à luz do balanço de razões que ela própria reputa mais adequado ao caso. Nesse ponto, está-se completamente de acordo com Larry Alexander.

²²⁴ ALEXANDER, Larry. Op. cit, p. 17.

²²⁵ Idem, p. 17-19.

distinguishing, se entendido como a capacidade de estabelecer uma restrição ao precedente, é vedado no *rule model*²²⁶. Nesse modelo, a *ratio decidendi* ou *holding* é a regra formulada canonicamente pela corte, sendo *dicta* todo o restante²²⁷.

3.3.1.3 O *result model*

Em relação ao terceiro modelo, chamado de *result model*, Alexander apresenta três formulações que, segundo ele, equivalem-se quanto ao modo como precedentes vinculam. Na primeira formulação, o *result model* caracteriza-se pela obrigação da corte do presente “decidir o seu caso a favor da parte análoga à vencedora do caso precedente se o caso vinculado for tão ou mais forte nesse sentido do que o caso precedente foi²²⁸”. Na segunda, precedentes vinculam da forma como Ronald Dworkin descreveu, isto é, oferecendo princípios que tanto se ajustam como justificam a prática à sua melhor luz²²⁹. Por fim, a terceira variável do *result model* consiste em que precedentes vinculem menos em função da formulação de uma regra canônica e mais em função das suas razões²³⁰. Essas seriam alternativas equivalentes para descrever a mesma forma de vinculação por precedentes.

Como deixa mais claro na obra escrita em co-autoria com Emily Sherwin, o *result model* é, para Alexander, o modelo de precedentes que aposta na analogia e nos princípios²³¹. Ou seja, é um modelo em que precedentes não se aplicam por subsunção propriamente dita, demandando um raciocínio jurídico peculiar, se comparado com normas jurídicas gerais e abstratas. Isso o levou a reunir teorias muito diversas – como a de Dworkin e a de Raz – no mesmo conjunto.

O autor destaca, ainda, a possibilidade de um modelo híbrido entre *result model* e o *rule model*, a que ele chama de *impure result model*. Apesar de ele considerar esse modelo o pior de todos, seja em nível conceitual, seja em nível normativo²³², a impressão que se tem é que o *common law* norte-americano funciona dessa maneira: nos casos mais similares, as

²²⁶ Ibidem, p. 19-21.

²²⁷ Op. cit., p. 25.

²²⁸ ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedents*, p. 29-30. No original: “(...) a constrained court must decide its case for the party analogous to the winner in the precedent case if the constrained case is as strong or stronger a case for that result than the precedent case was for its result”.

²²⁹ Ibidem, p. 31.

²³⁰ ALEXANDER, Larry. Op. cit., p. 32

²³¹ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*, p. 64-66. Uma vez que o teórico norte-americano é extremamente cético com relação a princípios e a analogias, torna-se compreensível a conclusão de que o *result model* seja um disfarce para o *rule model* ou para o *natural model*, que seriam os dois únicos métodos de trabalho judicial.

²³² ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedents*, p. 44-45

cortes tratam precedentes como regras. À medida que as similaridades entre os casos são mais questionáveis, emprega-se a analogia.

3.3.2 Uma reformulação: os modelos do *rule model* e do *reason model*

Os modelos apresentados por Larry Alexander são muito interessantes para seu propósito, qual seja, argumentar que a prática dos precedentes no *common law* deve assumir o modelo de *rule model*, se quiser realmente constranger os julgadores de cortes inferiores. De fato, como restará ainda mais claro quando se expuser a concepção de precedentes de Frederick Schauer, o *rule model* é o único modelo que pode assumir uma força tão intensa, que exclua todas ou quase todas as razões que um julgador independente poderia ter para decidir de maneira distinta do precedente. É por essa razão que Larry Alexander entende que a técnica do *distinguishing* é incompatível com o *rule model*²³³.

Não obstante, é preciso seriamente indagar-se se esse grau de vinculação é normativamente interessante. Conforme se demonstrará ao longo deste capítulo, há boas razões para que precedentes sejam vistos de outra maneira, isto é, para que se adote uma teoria do precedente obrigatório, mas que não se estenda demasiadamente o âmbito de aplicação do precedente.

A partir desse momento, abandonar-se-á a nomenclatura *result model*, substituindo-a por *reason model*. Isso tornará mais claro o ponto a que se quer chegar. Os modelos apartar-se-ão basicamente a partir de três critérios: (a) quanto à natureza do elemento vinculante (ou *ratio decidendi*); (b) quanto ao modo de aplicação e (c) quanto à revisibilidade.

Quanto à natureza da *ratio decidendi*, o *rule model* defende que precedentes formem normas gerais, iguais às que se encontram em leis e na constituição. Já o *reason model* defende que o elemento vinculante do precedente esteja no balanço de razões realizado a partir de um caso concreto. Quanto ao modo de aplicação, o *rule model* favorece a subsunção, porque a corte vinculada terá de verificar se o caso diante dela preenche ou não a hipótese normativa da regra do precedente. O *reason model*, a seu turno, prega que precedentes sejam regras dependentes do seu contexto fático de formação. Por fim, quanto à revisibilidade, o *rule model* não outorga nenhum poder à corte vinculada, isto é, ou ela segue o precedente ou ela diz que não há a subsunção dos fatos à norma. O *reason model*, por outro

²³³ Veremos, com extremo vagar, que os teóricos do precedente, quando se referem ao *distinguishing*, não estão tratando de simples casos de não-incidência. Desse modo, o *distinguishing* não pode ser explicado por subsunção. Mas esse tema será tratado no capítulo 4.

lado, permite que o precedente seja estendido ou restringido, se a corte vinculada defender que o caso diante dela oferece um contexto fático mais ou menos forte de atração da racionalidade do precedente²³⁴.

É claro que, magnificando a potência da lente da análise, poder-se-ão vislumbrar variáveis dentro dos modelos. Mas a ideia básica é a de que, para o *rule model*, precedentes são normas gerais e abstratas, ao passo que o *reason model* reputa precedentes como normas aderentes aos contextos fático e justificatório.

As diferenças foram postas de forma crua e direta. A partir do confronto entre uma teoria que subscreve o *rule model* e uma teoria que subscreve o *reason model*, restará mais simples compreender o que está em jogo.

3.4 O *RULE MODEL* NA VERSÃO DE FREDERICK SCHAUER

Frederick Schauer é um dos mais importantes proponentes do *rule model*. Segundo ele, regras e precedentes operam de forma semelhante²³⁵, estabelecendo generalizações prescritivas e entrincheiradas que fornecem razões para agir ou para decidir. Para compreender como Schauer chega a tais conclusões, é necessário reconstruir brevemente o raciocínio que ele expôs em *Playing by the Rules*.

Regras, diz Schauer, estruturam-se em dois componentes distintos, quais sejam, os predicados factuais (ou a hipótese) e o consequente. Uma regra, portanto, deve assumir a seguinte forma: {se *P* [predicado factual], então *C* [consequente]}. O predicado factual descreve as condições que deflagram a aplicação da regra. O consequente prescreve o que deve ocorrer se as condições contidas no predicado factual se concretizarem²³⁶.

Os predicados factuais das regras incorporam generalizações. Quando, por exemplo, decide-se proibir a entrada de cães em um dado restaurante, a proibição não se

²³⁴ A reformulação foi conduzida para ressaltar os aspectos que serão mais relevantes na sequência da exposição do capítulo. O leitor facilmente perceberá que o *rule model*, tal como descrito, foi inspirado nas concepções de Larry Alexander e de Frederick Schauer, tanto que foi mantida a nomenclatura original. Quanto ao *reason model*, ele foi inspirado em concepções um tanto distintas, aproveitando parte do que Larry Alexander descreveu a título de *result model* e muito do que Grant Lamond e Neil Duxbury defenderam a título da autoridade dos precedentes de um modo geral. As ideias tornar-se-ão mais claras quando forem expostas as teorias de Schauer, do lado proponente do *rule model*, e as de Grant Lamond e Neil Duxbury, do lado proponente do *reason model*. Nessa forma específica de contraposição, entende-se que a grande maioria dos autores se inclina pelo *reason model*, mesmo aqueles, como MacCormick, que falam em *regra* do precedente. O ponto decisivo não é se precedentes são ou não regras, e sim se eles *funcionam* como regras gerais e abstratas ou não. Esse fator é determinante para entender o papel da analogia e dos princípios em um modelo de precedentes.

²³⁵ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*, p. 182.

²³⁶ Idem, p. 23.

destina a um cão em particular, mas a uma classe que abarca qualquer indivíduo a ela pertencente. Logo, o predicado factual contém uma generalização²³⁷.

Quando cotejadas com suas justificações subjacentes, as generalizações podem revelar-se sobre-inclusivas (isto é, o texto reivindica a aplicação para um caso em que as justificações subjacentes apontam para a não-aplicação) ou subinclusivas (o texto reivindica a não-aplicação a um caso em que as justificações subjacentes apontam para a aplicação). Retome-se, a título de exemplo, a regra que proíbe a entrada de cães no restaurante. O predicado factual alcança todos os cães, não apenas aqueles cujas ações possam acarretar as consequências que impulsionaram a criação da regra. Desse modo, estão abarcados pela regra os cães comportados, os barulhentos, os desobedientes, os cães-guia e os corgis da Rainha da Inglaterra²³⁸.

Schauer sustenta existirem pelo menos dois modelos de tomada de decisão: um particularista e outro entrincheirado. No modelo particularista, as generalizações contidas nas regras funcionam como meros indicadores do que fazer. Quando tais indicadores estiverem em descompasso com as justificações subjacentes da regra, eles são abandonados em favor de um resultado mais aderente às razões, as quais preterem o sentido literal da regra. Ao revés, em um modelo entrincheirado, não são as justificações subjacentes que controlam a tomada de decisão, mas sim a própria regra. Ainda que diante de certa situação que aponte para a sub ou para a sobre-inclusividade da generalização, a regra deverá ser aplicada²³⁹.

Isso significa que regras são subótimas, porque, em alguns casos, oferecem soluções inferiores àquelas que a aplicação direta das justificações subjacentes produziria. O caráter subótimo das regras revela uma tensão entre o que a regra diz e o porquê da sua produção. Não obstante, a adoção de procedimentos que busquem resultados ótimos para cada caso certamente será autofágica, na medida em que, a longo prazo, produzirá resultados piores do que um modelo de decisão fundado em regras²⁴⁰.

Regras e precedentes, defende Schauer, são dotados de autoridade, de modo que a força deles não deriva da solidez das razões, mas da origem ou do status da norma²⁴¹. Logo, um precedente do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, deve ser obedecido por um Tribunal de Justiça, independentemente de este entender que aquele não tomou a melhor decisão para o caso. É a origem do precedente – o fato de ter sido promulgado pelo Supremo

²³⁷ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*, p. 23 e seguintes.

²³⁸ *Idem*, p. 49.

²³⁹ *Ibidem*, p. 39-52.

²⁴⁰ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*, p. 100-102.

²⁴¹ SCHAUER, Frederick. *Precedent* (2011). Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em 02 de maio de 2017, p. 3.

Tribunal Federal – e não a qualidade de suas razões que fornece a autoridade. Como decorrência, a autoridade dos precedentes e das regras independe do conteúdo, esperando-se que sejam obedecidos a despeito das opiniões, dos conhecimentos e da experiência dos seus destinatários²⁴².

O que diferencia regras e precedentes é que estes implicam a necessidade de construir a generalização contida no predicado factual, enquanto que, no caso das regras, esse trabalho já foi previamente realizado²⁴³. Schauer vislumbra duas possibilidades: a primeira é que a corte atual, chamada a aplicar o precedente em um caso supostamente análogo, crie as generalizações, à luz das circunstâncias do seu caso, como se essas fossem às do precedente²⁴⁴.

O problema dessa primeira metodologia é que podem ser extraídas diversas generalizações diferentes a respeito de um mesmo conjunto de fatos. Por exemplo, em um caso em que se discuta a responsabilidade civil do fabricante de um automóvel por defeitos ocultos, faz diferença empregar as generalizações “carro”, “veículo automotor” e “produto industrializado”. Cada generalização incorpora e atrai mais particulares, modificando o *tamanho* do âmbito de aplicação do precedente.

Justamente por isso, Schauer defende uma segunda possibilidade. Em vez de a corte atual definir, no momento em que toma sua decisão, quais as generalizações aplicáveis aos fatos do seu caso, como se fosse igual ao do passado, cabe a ela ater-se aos termos utilizados no precedente para descrever os fatos. Assim, se o precedente menciona “veículo automotor”, não se pode dizer que seja conclusivo em relação a “produtos industrializados” de um modo geral. Portanto, a descrição conterà uma generalização, de modo que o precedente operará tal como uma regra²⁴⁵.

3.4.1 O entrincheiramento e a derrotabilidade

Regras são entrincheiradas, isto é, exibem uma capacidade de resistir a

²⁴² SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer, p. 62.

²⁴³ SCHAUER, Frederick. Playing by the rules, p. 183.

²⁴⁴ SCHAUER, Frederick. Playing by the rules, p. 183-184.

²⁴⁵ SCHAUER, Frederick. Playing by the rules, p. 183-185. Destaque-se, especialmente, o seguinte trecho: “Uma vez que a descrição dos fatos se torne parte do que o precedente é, isso implica que um argumento mediante precedente seja bastante similar a um argumento mediante regra. A descrição dos fatos do precedente é, na realidade, uma generalização, e, como resultado, essa descrição articulada constitui o predicado factual para uma regra”. No original: “Once the description of the facts become part of what the precedent is, then it turns out that an argument from precedent is quite similar to an argument from rule. The description of the precedent facts is in reality a generalization, and as a result this articulated description constitutes the factual predicate for a rule”.

experiências recalcitrantes decorrentes da sub ou da sobre-inclusividade. Isso significa, na prática, que regras serão aplicadas inclusive a casos que seriam mais bem resolvidos pela aplicação direta das suas justificações subjacentes. Como visto na subseção anterior, a regra que proíbe a entrada de cães no restaurante se aplica – em princípio – ao cão-guia, que serve como os olhos de alguém que não pode enxergar. No modelo particularista, essa regra seria reelaborada para tornar-se aderente às justificações subjacentes, de modo que o cão-guia seria prontamente excluído do predicado factual. No modelo entrincheirado, todavia, “[a] generalização controlaria, a partir de seus próprios termos, a decisão, mesmo nos casos em que a generalização falhou com relação às justificações subjacentes²⁴⁶”. Mas é óbvio que a aplicação dessa regra, nesse caso específico, é absurda. Como Schauer resolve esse problema?

O jusfilósofo norte-americano resolve essa questão a partir da derrotabilidade (*defeasibility*) da regra. Para Schauer, o mero caráter sub ou sobre-inclusivo da regra não implica abrir mão do entrincheiramento. Para que a regra possa ser derrotada, é necessário que valores *externos* às justificações subjacentes e à própria regra sejam fortes na direção contrária à consequência prescrita pela regra, a ponto de derrotarem, no caso concreto, o resultado indicado. Isso significa, em termos teóricos, sustentar que regras possuem uma dimensão de peso, que é precisamente a capacidade de resistir a circunstâncias que recomendam a sua não-aplicação²⁴⁷.

No modelo entrincheirado, nenhuma circunstância que possa ser diretamente reconduzida à regra ou às suas justificações subjacentes podem causar a sua não-aplicação.

²⁴⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*, p. 49.

²⁴⁷ Essa diferença entre falha interna (sub e sobre-inclusividade) e derrotabilidade externa fica bastante clara no seguinte trecho: “Regras, assim, possuem uma dimensão de peso, ou um grau de resistência contra a superação, que também pode ser expressado em termos de que uma regra não é completamente derrotável. Mas nós temos de tomar o cuidado de distinguir dois fenômenos. Quando uma regra for inaplicável sempre que sua justificação for inaplicável, a regra torna-se inaplicável em virtude de uma falha interna. E, como argumentei vastamente ao longo deste livro, uma regra que seja inaplicável em qualquer caso de falha interna é, em um sentido bem importante, uma não-regra. (...) Quando regras são inaplicáveis (ou, mais precisamente, [quando] não controlam) com base em fatores tais que não sejam funções do que a própria regra esteja destinada a alcançar, nós podemos dizer que tais regras são derrotáveis externamente, sujeitas a serem derrotadas ou a não controlarem por fatores externos à própria regra. (...) Mas para que uma regra seja uma razão para agir, ela também deve, como já vimos, possuir algum grau de resistência à derrotabilidade externa” (SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*, p. 117-118. No original: “*Rules thus have a dimension of weight, or a degree of resistance to being overcome, that can also be expressed in terms of a rule not being completely defeasible. But we must take care to distinguish two phenomena. When a rule is not applicable in those cases in which the justification for that rule is inapplicable, the rule becomes inapplicable by virtue of an internal failure. And as I have argued at length throughout this book, a rule that is inapplicable in every case of internal failure is in an important way not a rule at all. A rule is vulnerable to internal failure, therefore, when a rule is inapplicable for grounds relating only to the applicability of the justifications behind the rule itself. (...) When rules are inapplicable (or, more accurately, non-controlling) on the basis of such factors not themselves a function of what this rule itself is designed to accomplish, we can say that such rules are externally defeasible, subject to being defeated or rendered non-controlling by factors external to the rule itself. (...) But for a rule to be a reason for action it must also, as we have just seen, have some degree of resistance to external defeasibility*”).

Assim, a mera argumentação de que os corgis da Rainha são comportados – e que, por isso, não ofendem os objetivos da regra – não pode embasar a derrotabilidade. Essa é uma questão *interna*, reconhecível apenas pelo caráter sub ou sobre-inclusivo da regra (no caso, sobre-inclusivo). Todavia, quando a proibição de entrada no restaurante é derrotada em função do cão-guia, é porque essa circunstância traz para o balanço de razões algo *externo* à própria regra e às suas justificações, que é a viabilidade de um ser humano, portador de deficiência, acessar o restaurante. Decerto, o cão-guia isoladamente permanece proibido de entrar no restaurante.

Aqui resta claro que Schauer pensa as regras a partir de dois eixos ou dimensões: (a) o *âmbito*, que é o conjunto dos predicados factuais, e (b) o *peso*, que é a capacidade de regras resistirem a razões externas a ela (razões que não têm que ver com a sub ou sobre-inclusividade)²⁴⁸.

3.4.2 A autoridade vertical dos precedentes e o *distinguishing*

Schauer é bastante claro em reconhecer diferenças entre as autoridades horizontal e vertical do precedente. Quando se trata de um precedente horizontal, a corte está vinculada a uma decisão por ela mesma proferida em um momento anterior. Se, à luz de sua própria experiência e conhecimentos, a corte discordar do precedente, ela pode revogá-lo. Todavia, a autoridade vertical do precedente é muito mais intransigente, porque se espera que a corte inferior obedeça à ordem da corte superior, tal como ocorre em uma cadeia de comando²⁴⁹.

Nessa esteira, a autoridade vertical do precedente implica a reflexão direta e inescapável sobre os limites da obrigação que um juiz possui de seguir os entendimentos de cortes superiores. Uma vez que a corte ou o juiz vinculados não dispõem do poder de revogar o precedente, a autoridade vertical assemelha-se mais ainda ao modelo de entrincheiramento de regras.

Os problemas começam aqui: se precedentes funcionam de forma semelhante às regras, se regras (e, por extensão, precedentes) não admitem a não-aplicação simplesmente com base na sub ou na sobre-inclusividade e se a não-aplicação das regras depende da derrotabilidade externa, como a teoria de Schauer explica o *distinguishing*? Seria o *distinguishing* uma forma de derrotabilidade do precedente?

²⁴⁸ De acordo com Schauer (Idem, p. 114), a derrotabilidade de uma regra não significa que ela não desempenhou papel algum. Na analogia feita por ele, a regra derrotada é como os seguros de um banco: mesmo que eles não impeçam o assalto, aumentam a dificuldade da tarefa dos criminosos.

²⁴⁹ SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer, p. 41-42.

Viu-se que a derrotabilidade, tratando-se de regras, é uma questão de *peso* ou da capacidade de resistência a razões externas que apontam para a não-aplicação da regra²⁵⁰. Todavia, Schauer admite que, em matéria de precedentes, “a questão do peso é uma casca de banana, pois um precedente é sempre seguido ou distinguido²⁵¹”. No caso dos precedentes, quando as cortes realizam o *distinguishing*, elas negam que o precedente se estenda à situação em testilha, ou seja, elas consideram que os predicados factuais do precedente não se estendem ao caso atual²⁵². Por isso, as cortes não tratam o *distinguishing* como uma derrotabilidade externa²⁵³. Tratam-no como uma exceção ao *âmbito* (e não ao *peso*), isto é, como uma exceção ao seu predicado factual. Em uma linguagem técnica e apropriada, o *distinguishing* seria um caso de não-incidência da norma.

O único problema dessa metodologia é que a possibilidade de realizar ou não o *distinguishing* é explicada a partir das generalizações empregadas pela corte do passado para qualificar os fatos. Se o julgador do passado atribuir aos fatos uma generalização muito ampla, torna-se mais difícil o *distinguishing*, por mais díspares que sejam os casos. Assim – repita-se –, se a corte caracteriza um carro com defeito de fábrica como um *produto defeituoso*, o precedente estender-se-á para qualquer outro fator que possa qualificar-se como produto defeituoso, ainda que se trate de um objeto bastante distinto de um automóvel.

Pode fazer grande diferença no futuro escolher qualificar veículo automotor em vez de carro, produto em vez de alimento ou animal em vez de cão. Quanto maior a categoria de assimilação do precedente, maior o seu âmbito de aplicação e mais difícil será distingui-lo. Por outro lado, quanto menor a categoria de assimilação, maior a liberdade de futuros

²⁵⁰ Isso significa – insista-se – que a generalização contida no predicado factual continua aplicável, mas razões externas superam a resistência da regra, que, embora pertinente, não controla o caso. Relembre-se o exemplo do cão-guia: a derrotabilidade da regra não decorre, no modelo de Schauer, do caráter sobre-inclusivo da regra, mas sim da existência de razões externas particularmente fortes – a necessidade de um portador de deficiência depender do cão-guia.

²⁵¹ SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JR, Fredie et. al.. Precedentes, p. 74.

²⁵² “Pelo fato de que a restrição do precedente pode não ser um caso de tudo ou nada, devemos considerar o modo no qual o tamanho de cada categoria de assimilação pode, de forma ampla, determinar a força do precedente. Esta é admitidamente uma maneira estranha de se pensar no peso, já que é mais comum se pensar a questão do peso e a questão da força como partes de eixos diferentes. Porém, quando nos voltamos para o precedente, esta distinção entre tamanho e força desaparece” (SCHAUER, op. cit., p. 72).

²⁵³ “Nunca encaramos uma situação onde um precedente presumidamente deve ser seguido, mas alguma condição primordial especial nesse caso nos leva a não o seguir. Na verdade, dizemos que o caso é simplesmente diferente – que, efetivamente, não existe precedente relevante a ser seguido ou desconsiderado. Quando a situação presente apresenta fatores que devem controlar a disposição, podemos e iremos traduzir tais fatores como uma distinção entre este caso e o caso precedente. Deste modo, o conjunto de casos no qual um precedente é aplicável, mas substituído por outra decisão, aparenta ser vazio” (Idem, p. 74-75). Em outras palavras, não há distinção entre os eixos do âmbito e do peso. Quando não aplicamos um precedente com base no *distinguishing*, afirmamos que ele não era aplicável (que seu âmbito não alcançava o caso atual). Nunca traduzimos a não-aplicação como a impossibilidade de controle pelo precedente por razões externas que superam a sua capacidade de resistência, isto é, o seu peso.

juizadores encontrarem distinções plausíveis e não arbitrárias para escapar da autoridade do precedente²⁵⁴. Pondo em uma linguagem familiar ao capítulo anterior, as categorias de assimilação vão definir o grau de discricionariedade dos juizadores do futuro, embora, diante da inerente textura aberta, haja permanentes tensões a respeito de se devemos enquadrar determinados indivíduos e objetos nessa ou naquela categoria.

À luz disso tudo, torna-se fácil compreender a especial responsabilidade que Schauer imputa à corte que forma o precedente. Segundo ele, o juiz consciencioso deve levar em consideração, em um sistema que respeita decisões pretéritas, que futuros juizadores tomarão o precedente como vinculante, devendo refletir sobre a adequada categoria de assimilação (generalização) a ser empregada²⁵⁵.

Embora se concorde com a existência de uma responsabilidade especial de quem forma precedentes, o *rule model* parece não traduzir adequadamente a prática dos precedentes, sobretudo no que toca ao *distinguishing*. Dissolver o problema da semelhança e da diferença entre casos a partir das generalizações (ou categorias de assimilação) é, ao mesmo tempo, simples e complicado. Simples, porque reduz a complexidade da aplicação dos precedentes. Tudo passa a ser uma questão da escolha das palavras utilizadas. Realizar o *distinguishing* torna-se, nessa linha, dependente da capacidade de juizadores atuais qualificarem fatores particulares em gêneros não previstos no precedente.

Complicado, porque se atribui que juizadores do passado decidam sobre o futuro, inclusive a respeito de fatores que sequer poderiam ser antecipados. É claro que, no âmbito da vinculação horizontal, sempre se pode apelar para o *overruling*, se houver razões fortes para revogar o precedente. Entretanto, no âmbito da autoridade vertical, o *rule model* parece constranger demais.

3.5 O REASON MODEL DE GRANT LAMOND

Outra análise interessante da autoridade dos precedentes é fornecida por Grant

²⁵⁴ Op. cit., p. 77.

²⁵⁵ “Se o futuro deve tratar o que fazemos agora como presumidamente vinculante, então nossas decisões atuais devem julgar não apenas o que é melhor para o agora, e sim como a decisão atual irá afetar a decisão de outrem e casos futuros semelhantes. Desse modo, o juiz do presente deve levar em consideração o que seria melhor para um acontecimento diferente, mas semelhante, que ainda está por ocorrer. O juiz deve decidir com base no que é melhor para todos os casos dentro da categoria de assimilação apropriada” (SCHAUER, op. cit., p. 68-69). Foi gratificante saber que existem textos no Brasil criticando o chamado “aspecto prospectivo dos precedentes”, tal como trabalhado por Schauer. Sobre a questão, consulte-se LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 383-402, dez. 2015.

Lamond. Para ele, precedentes *não* criam regras entrincheiradas; eles funcionam como razões protegidas dentro de determinados contextos²⁵⁶.

Lamond sustenta que a exigência básica do *stare decisis*, no âmbito do *common law*, é que cortes posteriores reputeem que *casos* anteriores foram corretamente decididos a respeito dos seus fatos. Para ele, uma compreensão teórica de como precedentes agem começa pela valorização não apenas das *rationes*, mas, sobretudo, dos *casos*, assim entendidos como a integralidade dos fatores apreciados. Ou seja, não são as *rationes* – ou simplesmente elas – que vinculam, e sim o balanço entre fatores que apontam para a aplicação e para a não aplicação da *ratio*.

Suponha que, diante do conjunto de fatores {a, b, c, d, e, f}, a corte do passado haja formado o precedente, com a seguinte representação “A + B + C, então X”. Os fatores {a, b, c} foram considerados suficientes para o resultado X; porém os fatores {d, e, f} foram considerados *insuficientes* para derrotar o resultado X. Em um caso subsequente, se for acrescido um fator {g}, a corte terá de verificar se esse fator, somado aos demais {d, e, f, g}, é suficiente para derrotar os fatores {a, b, c} que suportam X. Se sim, tem-se o *distinguishing*; se não, o precedente é seguido.

Percebem-se, assim, duas dimensões de análise: uma positiva, que revela os fatores que conduziram ao resultado X, e outra negativa, que revela os fatores que, apesar de considerados, foram incapazes de derrotar os primeiros²⁵⁷.

Um dos grandes méritos do texto de Lamond é perceber uma simetria entre seguir e distinguir precedentes. Quando um precedente é seguido, enriquece-se a lista de fatores que são incapazes de derrotar, inclusive em conjunto, os fatores que suportam o resultado. Seguir precedentes, desse modo, não é uma atividade trivial, que se centra no âmbito da pura obviedade. O enriquecimento do ordenamento jurídico não se restringe a quando se forma o precedente e a quando ele é modificado. O enriquecimento também ocorre quando o precedente é seguido, principalmente em circunstâncias que não sejam tão semelhantes às do contexto original²⁵⁸.

²⁵⁶ “Precedentes são diferentes porque eles são dependentes do contexto, enquanto leis são independentes de contexto. Um precedente é uma decisão que é suficiente no contexto do caso para alcançar a decisão – ele não objetiva determinar a conclusão em outros contextos, apesar de ser baseado em considerações gerais, não necessariamente possui relevância em outros contextos” (LAMOND, Grant. *Do precedents create rules?*, p. 18. No original: “*Precedents are different because they are context dependent, whereas statutes are context-independent. A precedent is a decision that is sufficient in the context of the case to reach a decision—it does not purport to preempt the conclusion in other contexts, though in being based on general considerations, it necessarily has a relevance to other contexts*”).

²⁵⁷ Idem, p. 15-16.

²⁵⁸ Ibidem, p. 17.

Essa percepção de Lamond traduz de forma brilhante o método de trabalho do *common law*. É por isso que cortes inglesas e cortes norte-americanas descrevem tão minuciosamente os fatos e as circunstâncias das causas, gerando um estilo de julgamento prolixo, não em relação a abstrações jurídicas, mas em relação ao detalhamento do que está em jogo²⁵⁹.

A respeito da natureza da autoridade do precedente, Grant Lamond conclui que os precedentes são *razões protegidas*, isto é, são razões que excluem razões limitadamente ao contexto fático de formação. Isso revela uma dimensão de regra ao precedente, mas não no sentido de entrincheiramento ou de identidade com regras previstas em leis²⁶⁰. A característica principal do *reason model* é a de que precedentes são padrões decisórios aderentes aos seus contextos de formação. Diferentemente de regras entrincheiradas, que devem ser aplicadas como padrões independentes de contextos e delineados por generalizações, precedentes são paulatinamente estendidos para novos contextos. Essa extensão exige, da mesma maneira que a atividade de distinguir, uma justificação relevante, que, às vezes, o termo “seguir precedentes” pode olvidar

3.6 O *REASON MODEL* DE NEIL DUXBURY

Neil Duxbury é outro proponente do *reason model*, rejeitando terminantemente qualificar precedentes como regras similares àquelas encontradas nas legislações. Mesmo que juízes dediquem-se a elaborar uma regra ou um princípio, de forma extremamente cuidadosa, que tente capturar a *ratio decidendi* da sua decisão, é muito provável que, nas mãos de futuros julgadores, essa norma expressa de forma canônica seja adaptada às necessidades dos casos atuais²⁶¹.

Não é à toa que Duxbury parece endossar uma distinção dworkiniana entre *enactment force of precedent* e *gravitational force of precedent*. Essa construção destaca que existem diferenças entre os impactos que um texto legal, de um lado, e os precedentes, do outro, podem exercer sobre o juiz. Às vezes o julgador encontrará, em uma decisão tomada como precedente, certo arranjo de palavras que se assemelha bastante ao texto legal. É o que ocorre quando a Suprema Corte americana, para citar um exemplo, redige a *holding* de um julgado, ou quando o Supremo Tribunal Federal edita a tese dos julgados em repercussão

²⁵⁹ LAMOND, Grant. Op. cit, p. 15.

²⁶⁰ Idem, p. 19.

²⁶¹ DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedent, p. 59.

geral. Ali se está diante do registro de certas palavras, em forma canônica, que representariam o significado mais óbvio a ser extraído de um precedente (*enactment force* ou força promulgatória).

Todavia, os precedentes constroem os julgadores em um sentido mais amplo²⁶². Eles avançam a sua autoridade, porque um julgador pode considerar aplicar a racionalidade de um precedente até para casos não tão similares ao do contexto de formação. Um precedente fraco, pouco persuasivo, tem poucas chances de exercer força gravitacional sobre outros julgadores²⁶³, comprometendo a sua longevidade.

Neil Duxbury concorda, declaradamente, com boa parte do modelo oferecido por Grant Lamond. Ressalva, no entanto, a caracterização de precedentes enquanto razões capazes de excluir outras razões. Segundo ele, precedentes podem até funcionar dessa maneira, mas não são bons mecanismos para tais propósitos²⁶⁴.

3.7 A DOUTRINA BRASILEIRA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A análise que se empreenderá aqui a respeito da doutrina dos precedentes atualmente praticada no Brasil será propositadamente incompleta e insuficiente²⁶⁵. Buscar-se-á apreender como a experiência brasileira de trabalho com precedentes acomoda-se no quadro

²⁶² "Sem dúvida, Hércules pode decidir que ao encontrar, em um caso anterior, um arranjo canônico de palavras, usará suas técnicas de interpretação das leis para decidir se a regra que essas palavras compõem abarca ou não um caso novo. Ele bem pode reconhecer aquilo que se poderia chamar de força de promulgação do precedente (*enactment force of precedent*). Não obstante descobrirá que, quando um precedente tem força de promulgação, não se considera que sua influência sobre casos posteriores se limite a essa força. Os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação. Se o *Spartan Steel* fosse um caso nova-iorquino, o advogado do autor da ação imaginaria que a decisão anterior de Cardozo, no caso *Macpherson vs. Buick*, no qual uma mulher obteve reparação por perdas e danos devido à negligência na fabricação de um automóvel, contaria a favor do direito de seu cliente à indenização, apesar de o fato da decisão anterior não conter nenhuma formulação verbal que pudesse, de modo plausível, ser interpretada como uma promulgação desse direito. Ele insistiria em que a decisão anterior exerce uma força gravitacional sobre as decisões posteriores, mesmo quando se situam fora de sua órbita particular" (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, 2010, p. 173-174).

²⁶³ DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 59-60.

²⁶⁴ Idem, p. 106-107.

²⁶⁵ Assim como em outras áreas da vida, pesquisas se baseiam em escolhas: aprofundar alguns aspectos fatalmente implicaria dar menos atenção a outros. Para os nossos propósitos, que é oferecer uma análise teórica que traduza o modo como precedentes são verticalmente obrigatórios, os modelos de constrangimento por precedentes são centrais. Vou centrar-me fundamentalmente no artigo 927 do Código de Processo Civil, que, a meu ver, apenas consolida uma cultura previamente existente no Brasil. De toda sorte, uma análise mais completa das potencialidades – e não da *atualidade* – do modelo brasileiro de precedentes implicaria considerar zelosamente os artigos 10, 489, § 1º, e 926 do CPC-15, os quais ainda não foram bem absorvidos pela prática judicial. Esses dispositivos, ao contrário do artigo 927, fornecem as bases necessárias para um modelo de autoridade que valorize o desenvolvimento do direito, quer mediante a formação de precedentes, quer mediante a aplicação do *distinguishing* como técnica que vai além de simplesmente deixar incólume a decisão distinguida.

teórico até então delineado. Assim, não será ofertada uma análise abrangente do modelo brasileiro de precedentes.

3.7.1 O funcionamento básico do modelo brasileiro

Antes mesmo da edição do Código de Processo Civil de 2015, o ordenamento brasileiro vinha desenvolvendo institutos tendentes à formação de um sistema de precedentes judiciais. A repercussão geral, as súmulas vinculantes e os recursos excepcionais repetitivos são os exemplos mais notáveis. O novo diploma processual, além de consolidar o tratamento dessas matérias, trouxe novidades, como o incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR, que basicamente imita, no âmbito dos tribunais de segunda instância, a técnica de agrupamento de demandas para solução única empregada nos recursos extraordinário e especiais repetitivos.

Sem entrar no mérito – nesse primeiro momento – de se tais institutos realmente geram precedentes ou não, o fato é que a compreensão que se formou no Brasil é a de que precedentes sejam decisões dotadas de algum grau de vinculação e decorrentes de procedimentos formais estabelecidos em lei.

O funcionamento básico do modelo brasileiro pode ser sintetizado, então, em três proposições: (i) a *ratio decidendi* consiste em uma tese relativamente abstrata, passível de ser canonizada em forma de súmula; (ii) precedentes decorrem de procedimentos formais previstos em lei; (iii) o *distinguishing* configura uma técnica de simples não-incidência de um precedente já existente ou de um precedente que ainda será gerado.

3.7.1.1 1ª característica: a *ratio decidendi* como tese relativamente abstrata

O modelo brasileiro trata a *ratio decidendi* como uma tese jurídica relativamente abstrata, isto é, como um *enunciado* produzido pelas cortes, tal como uma norma contida em uma lei²⁶⁶. Portanto, dentro do quadro teórico até então desenvolvido, o modelo brasileiro aproxima-se mais do *rule model*.

²⁶⁶ Note-se que proponentes do *rule model* visualizarão uma afinidade grande entre precedentes e súmulas. Estas nada mais são, dentro desse quadro teórico, os extratos das *rationes* de uma série de casos. Essa é a posição, por exemplo, de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal. Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente” (Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 487).

De início, defensores do *rule model* podem sustentar – corretamente, por sinal – que, embora ele não espelhe a doutrina dos precedentes praticada no *common law*, nada impede que outros ordenamentos, a exemplo do brasileiro, adotem-no²⁶⁷. Logo, não há razões lógicas nem metafísicas que proscrissem o *rule model*. De igual sorte, o simples fato de não ser empregado no *common law* não o descrédencia, automaticamente, a ser um bom modelo para o Brasil. Por isso, talvez seja útil explicitar alguns problemas graves, os quais podem ser ilustrados a partir da decisão proferida no recurso extraordinário 669.069/MG.

O caso debatido era o seguinte: onze anos depois de um acidente automobilístico, a União ajuizou ação de ressarcimento contra o responsável, escudada na imprescritibilidade referida no § 5º do artigo 37 da Constituição Federal. As primeira e segunda instâncias da Justiça Federal haviam decidido que a pretensão estava prescrita. Apreciando o recurso extraordinário, o relator – o então Ministro Teori Zavascki – votou no sentido de manter a decisão judicial e de estabelecer a tese jurídica de que “a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”.

O curioso é que, embora o caso concreto dissesse respeito a um acidente automobilístico, a tese jurídica que o relator pretendeu “aprovar” concernia a danos ao erário de um modo geral, incluindo ilícitos de improbidade administrativa e os de natureza penal. Veja-se que a tese jurídica – que seria a *ratio decidendi* no *rule model* – pode ser afirmada de uma maneira tal que sequer espelhe os fatos realmente julgados na causa.

Com bastante perspicácia, o Ministro Roberto Barroso ponderou que talvez não fosse oportuno avançar uma tese tão ampla, porque “a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade, ou mesmo em matéria de crime (...) não foi objeto - eu diria - de um contraditório neste processo”. Em síntese, o Ministro Barroso pontuou, de forma elegante, que o Supremo não estava preparado para emitir uma regra tão ampla naquele momento. Graças a essa precisa intervenção, prevaleceu uma tese mais modesta, segundo a qual se afirmou a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento decorrente de ilícito civil.

Esse é um risco grave do *rule model*. Se a decisão houvesse sido proferida nos moldes originalmente pretendidos por Zavascki, seria inviável realizar *distinguishing* entre um ilícito penal e um ato de improbidade²⁶⁸. Aliás, talvez fosse impossível, para uma corte

²⁶⁷ Como já visto, é bom frisar que prestigiados autores, a exemplo de Larry Alexander e de Frederick Schauer, defendem o *rule model*. Logo, quem quer que o defenda estará bem acompanhado.

²⁶⁸ Seria inviável realizar o *distinguishing*, porque qualquer distinção entre um ilícito penal e um ato de

vinculada, distinguir entre ilícitos penais culposos e dolosos ou entre as três modalidades de conduta ímproba. O Supremo teria produzido uma regra sem refletir, a partir de um caso concreto real, quais os predicados factuais que devem integrar a hipótese normativa.

Por outro lado, ainda que o Supremo houvesse “aprovado” a tese extremamente ampla, o *reason model* forneceria a maleabilidade necessária para reputar vinculante não a regra canônica, mas a justificação apresentada pela corte. Quando se percebesse que o ilícito civil não é imprescritível por força da sua baixa reprovabilidade, isso provavelmente indicaria que a distinção entre crimes dolosos e culposos seria uma distinção não só possível, mas consistente. Note-se que o *reason model* é parcimonioso, isto é, trabalha com uma revisibilidade totalmente diferente de um modelo entrincheirado de regras²⁶⁹. É assim que funciona o *common law*, porque parece racional que cortes não criem normas descontextualizadas do caso que estão julgando e a respeito de temas não suficientemente refletidos²⁷⁰.

As lições decorrentes do recurso extraordinário n. 669.069-MG não se esgotam aí. O então Procurador-Geral da República opôs embargos de declaração, alegando que a decisão proferida não delimitava exatamente o que se entendia por ilícito civil. No entanto, isso não é algo necessariamente ruim. Para um proponente do *reason model*, cabe às cortes subsequentes apreciarem por que a pretensão de ressarcimento ao erário, fundada em um acidente automobilístico, é prescritível. Compulsando o voto do Ministro Zavascki em sua

improbidade implicaria modificar a regra anterior. Por óbvio, o próprio STF poderia fazê-lo e afirmar, com todas as letras, que estava distinguindo o caso do precedente. No entanto, do ponto de vista teórico, não seria mais um *distinguishing* (no contexto do *rule model*, que trata o *distinguishing* como um caso de não-incidência), e sim uma parcial modificação da regra anterior.

²⁶⁹ DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedent, p. 59. Salvo melhor juízo, essa é a preocupação de Neil MacCormick quando aduz que a “não-revisibilidade parece ser uma ideia pouco sábia”. Não é que MacCormick esteja pondo-se contrário a precedentes vinculantes, mas ele se opõe a que se imprima uma abrangência muito extensa ao elemento vinculante do precedente. Ademais, MacCormick ressalta que o fato de a *ratio* consistir apenas na “solução cuidadosamente produzida após ampla argumentação sobre o ponto que precisa ser solucionado, e que é suficiente - e não mais do que suficiente - para decidir tal questão concreta”, não se podem desprezar as *obiter dicta*, pois “elas incluem as discussões judiciais sobre os valores inerentes do Direito, seu sopesamento de princípios e suas tentativas de formular os princípios jurídicos menos explícitos”, por isso “advogados leem casos não somente em busca de precedentes vinculantes” (MacCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito, p. 211). Também parece ser isso que Mauro Sérgio Rocha designa de “cauteloso sistema de precedentes”, que não se arroga o direito de resolver questões que sequer foram postas com clareza ainda (ROCHA, Mauro Sérgio. Aplicação direta dos princípios: controle de constitucionalidade das decisões judiciais, p. 22). Por fim, a ideia de parcimônia no elemento vinculante do precedente situa-se como elemento de preocupação geral de William Soares Pugliese em sua tese de doutoramento (PUGLIESE, William Soares. A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 310 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016).

²⁷⁰ Comentando o processo de criação de regras judiciais no *common law*, Benjamin N. Cardozo afirmou o seguinte: “A *common law* não segue uma trajetória que parte de verdades preestabelecidas, de validade universal e *inflexível*, para chegar a conclusões delas derivadas por dedução. Seu método é indutivo, e extrai suas generalizações de proposições particulares” (CARDOZO, Benjamin N. A natureza do processo judicial. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 11-12, sem grifos no original). É preciso notar a ênfase na ideia de flexibilidade.

integralidade – e essa é a metodologia adequada no *reason model* –, não é difícil reconstruir a *racionalidade* da decisão, isto é, o *raciocínio jurídico* que conduziu à conclusão²⁷¹. A apreensão das características do fato e a argumentação jurídica vão permitir que cortes subsequentes possam interpretar qual o alcance de ilícito civil. Até o *obiter dictum* de comparar o caso à improbidade administrativa e aos ilícitos penais fornece um bom referencial prático do alcance da decisão.

Logo, o fato de a decisão não encerrar o sentido de ilícito civil não é, de modo algum, um ponto negativo. O fato de não imaginarmos, nesse momento, um exemplo de ilícito civil que revele tamanha reprovabilidade, a ponto de as justificações apresentadas pelo Ministro Zavascki poderem secundar a tese contrária à regra formulada – de que danos ao erário causados por ilícitos civis prescrevem – não quer dizer que não exista hoje, menos ainda que não possa existir amanhã. Esse é o significado prático da textura aberta: mesmo conceitos empíricos – como livros ou veículos – podem tornar-se vagos em determinados contextos, quanto o mais o de ilícito civil, que é naturalmente vago. Não há razão para que cortes ajam como se tudo soubessem, tampouco para que elas inviabilizem que juízes e cortes inferiores enriqueçam o conceito de ilícito civil ao decidirem seguir ou distinguir o precedente.

3.7.1.2 2ª característica: procedimentos formais especificados em lei

A segunda característica notável do modelo brasileiro é que a obrigação de seguir precedentes não decorre de uma prática enraizada de respeito ao que já foi decidido e de colaboração entre diferentes julgadores. Precedentes não espelham pacto intertemporal. Da forma como o sistema os concebe, precedentes decorrem de uma decisão política tomada pelo legislador, pela qual se elegeu que certos procedimentos geram precedentes.

O Código de Processo Civil de 2015 enalteceu essa tendência e estabeleceu, no seu artigo 927, as decisões e os instrumentos normativos (o que inclui súmulas) que vinculam o Judiciário – e, em alguns casos, até a administração pública –, funcionando como

²⁷¹ Compulsando o voto, percebe-se que o Ministro raciocinou da seguinte maneira: (a) ilícito, em sentido amplo, é todo ato contrário ao direito; (b) logo, quaisquer atos contrários ao direito, ainda que não dolosos nem culposos, implicariam pretensões imprescritíveis contra o Estado, a exemplo das cobranças de tributo mediante execuções fiscais; (c) não obstante, a conclusão anterior é amplamente infirmada por vários institutos jurídicos, inclusive o da execução fiscal, sem que ninguém supusesse que se está diante de uma violação ao artigo 37, § 5º, da Constituição; (d) ademais, o dispositivo trata de violações a princípios administrativos, insinuando que condutas meramente acidentais, dotadas de menor reprovabilidade, não devem ser tratadas com o mesmo rigor que condutas graves, tais como aquelas que implicam crimes e improbidade administrativa.

precedentes, isto é, como modelos para decisões. É fácil perceber que, dos cinco incisos do artigo 927, os quatro primeiros atribuem a força de precedente (*rectius*: a força vinculante) à formalidade que embasa a norma judicial e somente o último supõe a natureza do órgão julgador, a despeito da formalidade procedimental, como razão suficiente para produzir precedentes²⁷².

No contexto dos quatro primeiros incisos, a força de precedente não decorre exclusivamente do fato de que certa decisão foi tomada por um órgão judicial. Ou seja, não é qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, que está apta a ser um precedente. Há, ainda, a necessidade de que se adote um procedimento que a lei reputou como necessário para deflagrar certo efeito jurídico.

Um dos casos mais emblemáticos que confirmam esse diagnóstico decorre dos julgamentos do Recursos Especiais 842.270/RS e 1.201.635-MG. Ambos debatiam a mesma questão: se as empresas de telecomunicação poderiam aproveitar créditos decorrentes do imposto de circulação de mercadorias e serviços – ICMS embutido na aquisição de energia elétrica²⁷³. O primeiro recurso *não* foi julgado no regime de recursos repetitivos, mas firmou a tese de que as empresas de telecomunicação, por serem equiparáveis a indústrias nos termos do decreto 640/62, podem creditar-se do ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica, nos termos do artigo 33, inciso II, alínea b, da Lei Complementar 87/96.

Depois do recurso especial 842.270/RS, o STJ julgou o recurso especial 1.201.635-MG sobre o mesmíssimo assunto. Havia uma única diferença: o segundo estava submetido ao rito dos recursos repetitivos. Na lógica do sistema, foi o segundo julgamento, e não o primeiro, que constituiu o precedente vinculante a respeito do tema. Conquanto os resultados finais sejam idênticos – alguns Ministros que compuseram o quórum em ambas as oportunidades repetiram seus votos –, somente o segundo está credenciado pelo sistema jurídico como precedente obrigatório.

No âmbito doutrinário, um dos textos mais importantes que abraça essa tendência é o de Hermes Zaneti Jr., que se propõe a construir uma teoria dos precedentes formalmente vinculantes²⁷⁴. A palavra “formalmente” aparece bem empregada: é exatamente a ideia de que certa formalidade foi previamente valorada pela lei como vocacionada à formação de

²⁷² Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

²⁷³ As circunstâncias do caso não são relevantes para os fins do argumento desenvolvido.

²⁷⁴ ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 2.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

precedentes (ou de instrumentos vinculantes, como súmulas) que sustenta o modelo brasileiro. Isso não impede que outras decisões sejam tomadas como precedentes, isto é, como modelos para decisões em casos semelhantes. Mas, fora daqueles procedimentos, não se pode mais dizer que se trate da obrigação ou da vinculação exigida por lei.

O maior problema do modelo brasileiro é que ele confunde três fenômenos distintos: precedentes, uniformização de jurisprudência e técnicas de solução de litígios repetitivos. Note-se que precedentes, como se vem argumentando ao longo dos capítulos anteriores, consistem em um método de trabalho coletivo, em que juízes de diferentes gerações agem coordenadamente para atingir determinados fins, especialmente a unidade da interpretação e o controle da discricionariedade judicial²⁷⁵. Com base nisso, cortes do *common law* construíram, pouco a pouco, normas de direito contratual, de responsabilidade civil, de exceções ao direito de herança, de cumulação de pedidos e dos limites da coisa julgada²⁷⁶. Todas essas matérias decorreram de doutrinas judiciais no âmbito do *common law*, e não de opções legislativas. Defender precedentes não significa, simplesmente, dizer que cortes devem dar o mesmo tratamento a situações assemelhadas. Acima de tudo, o que caracteriza a atividade de formar precedentes é o estabelecimento de novas doutrinas judiciais, voltadas não para o passado, mas para o futuro²⁷⁷.

Há severas dúvidas de se o modelo brasileiro realmente busca implantar um sistema de precedentes, já que boa parte dos procedimentos indicados no artigo 927 é voltada ou à uniformização da jurisprudência, como as súmulas, o incidente de uniformização, ou voltada a questões massificadas, como as súmulas vinculantes, os recursos repetitivos e IRDR. Seja em um caso, seja em outro, cortes não pretendem construir modelos de argumentação e de raciocínio jurídico para o futuro e extensíveis a contextos próximos de aplicação. Ao contrário, esses institutos visam escolher uma dentre algumas interpretações controvertidas nos diversos órgãos e instâncias diversas do Judiciário (uniformização) ou a dar tratamento coletivo a questões individuais repetitivas (tutela coletiva de direitos

²⁷⁵ Sobre a relação entre precedentes e controle da interpretação, consulte-se, amplamente, MITIDIERO, Precedentes: da persuasão à vinculação, p. 58-77.

²⁷⁶ Refiro-me, respectivamente, aos casos *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*; *MacPherson v. Buick Motor Co.*; *Riggs v. Palmer*; *Rush v. City of Maple Heights*; e *Blonder-Tongue Laboratories Inc. v. University of Illinois Foundation*. Dessas, somente as duas últimas não foram tratadas em algum momento ao longo do texto. Em *Rush v. City of Maple*, decidiu-se que a parte que obteve indenização por danos materiais não pode, em ação subsequente, pretender danos morais contra o mesmo réu com base no mesmo conjunto fático (princípio do *merger*). Sobre o tema, consulte-se CABRAL, Antônio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas, p. 187. Em *Blonder-Tongue*, decidiu-se a viabilidade do *nonmutual collateral estoppel*. Sobre *collateral estoppel*, consulte-se MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.22.

²⁷⁷ Há uma vasta literatura que conecta o dever de desenvolvimento do direito às Cortes Supremas. Essa questão será brevemente apreciada ao final deste capítulo.

individuais). Em ambos os casos, cuida-se de tutela reativa: as cortes reagem a um problema que já está instaurado²⁷⁸.

Novamente, valho-me de um exemplo para argumentar. Na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.026, o STF havia decidido que a OAB não estava obrigada a recrutar seus empregados mediante concurso público, porque não era autarquia, e sim serviço público independente de natureza *sui generis*. A partir dessa decisão, alguns juízes passaram a sustentar que, por coerência, as causas da OAB não poderiam mais ser julgadas na Justiça Federal. Apesar da controvérsia, o entendimento dominante no STJ era o de que a decisão do Supremo não havia modificado o cenário: as causas da OAB permaneceriam sendo julgadas pela Justiça Federal²⁷⁹.

Em 2016, o STF julgou o RE 595.332, confirmando que as ações propostas envolvendo a OAB devem ser julgadas na Justiça Federal. O fundamento apresentado no voto do Ministro Relator, conforme se colhe do Informativo n. 837, é o de que a OAB seria *autarquia corporativa*. Como se vê, existe uma contradição entre os fundamentos da ADI 3.026 e do RE 595.332. Essa contradição seria bastante relevante em um verdadeiro sistema de precedentes. Para respeitar o “precedente”, é irrelevante observar como se chegou ao raciocínio de que a OAB seria uma autarquia corporativa, porque a dimensão em que o “precedente” será utilizado como modelo para casos futuros é a idêntica ao caso original, qual seja, identificar a Justiça competente para dirimir controvérsias envolvendo a OAB.

Ora, os juízes que passaram a decidir que as causas da OAB não mais poderiam ser julgadas na Justiça Federal fizeram exatamente aquilo que se espera em um sistema de precedentes: levar o raciocínio decisório contido na ADI 3.026 a sério, isto é, supor que, se o Supremo Tribunal Federal estava disposto a utilizá-lo no contexto de definir o recrutamento de pessoal da OAB, deveria estar disposto também a utilizá-lo no que toca à determinação da competência. Trata-se de simples comprometimento com a ideia de universalizabilidade de Neil MacCormick, que será examinada no próximo capítulo. Justamente quando se buscou atribuir força de precedente à ADI 3.026, o STF rejeitou a caracterização da OAB enquanto serviço *sui generis* e passou a caracterizá-la como algo que ele já havia descartado anteriormente (autarquia corporativa). A decisão tomada no RE 595.332 convive bem com o

²⁷⁸ Sobre a distinção entre funções reativa e protativa das cortes, consulte-se TARUFFO, Michele. As funções das Cortes Supremas: aspectos gerais. In: Processo civil comparado: ensaios. Tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

²⁷⁹ O Conflito de Competência 108.349-STJ é um dos exemplos mais interessantes da confusão que os fundamentos da ADI 3.026 causaram. Por uma questão de espaço, e também por não ser essencial ao argumento, remete-se o leitor à consulta da decisão no sítio eletrônico do STJ. Suficiente dizer que, no conflito entre juízos estadual e federal sobre julgamento de uma execução promovida por uma Seccional da OAB, decidiu-se ser competente a Justiça Federal.

modelo de precedentes que foi gestado *antes* do Código de Processo Civil de 2015 (e do qual o artigo 927 é herdeiro), embora conviva muito mal com o atual artigo 926 do mencionado diploma.

Veja-se que, em um verdadeiro sistema de precedentes, o Supremo Tribunal Federal estaria vinculado pela decisão tomada na ADI 3.026, contando com três opções: revogar o precedente, segui-lo ou distingui-lo²⁸⁰. A terceira opção seria a mais interessante, porque a corte teria de encontrar alguma razão para manter correta sua decisão anterior e, ainda assim, submeter as causas da OAB à Justiça Federal. Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal comportou-se como se a decisão tomada na ADI 3.026 vinculasse apenas no seu contexto original de aplicação, não sendo extensível a contextos assemelhados.

Aqui se chega exatamente ao ponto central: se decisões vinculantes somente podem ser aplicadas aos contextos de aplicação original, elas não constituem precedentes. Quando Neil MacCormick, por exemplo, aduz que precedentes funcionem como modelos para futuras decisões, quer destacar que precedentes são razões para agir e para decidir, não apenas em seus contextos originais, mas, por incorporarem raciocínios universalizáveis, também em contextos aplicativos próximos. Esse é um imperativo de coerência.

Não se pode confundir vinculação com precedentes. Um juiz, na fase de execução, não pode reabrir a discussão transitada em julgado, mesmo que discorde do resultado de mérito. Da mesma maneira, não pode extinguir o processo por prescrição se sua decisão, a esse respeito, foi modificada pelo Tribunal em sede de agravo. Enfim, decisões vinculantes não são novidades em nenhum sistema jurídico. Bem ao contrário, o direito sobrevive disso. O *stare decisis*, porém, invoca uma forma de vinculação pela qual decisões do passado controlam situações futuras semelhantes, a menos que determinadas razões permitam evadir-se da autoridade do precedente²⁸¹.

3.7.1.3 3ª característica: o *distinguishing* como técnica de simples não-incidência

O modelo brasileiro assimilou o *distinguishing* como uma técnica razoavelmente simples, que seria pertinente em duas situações: (i) para desafetar demandas ou recursos vinculados a procedimentos de tutela coletiva de direitos individuais; (ii) para não aplicar o

²⁸⁰ É sempre bom frisar que tais são as opções extremas. A teoria dos precedentes reconhece instrumentos teóricos que se posicionam como opções intermediárias entre o distinguir (*distinguishing*) e revogar (*overruling*), tais como a transformação (*transformation*) e a revogação parcial (*overriding*). Sobre o tema, consulte-se, amplamente, MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 2016.

²⁸¹ Normalmente, essa razão é o *distinguishing*, conforme se demonstrará no capítulo subsequente.

enunciado tomado como *ratio* de quaisquer dos procedimentos previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil.

Quando, por exemplo, o STJ afeta determinada matéria ao rito dos recursos repetitivos, os processos que versem sobre idêntica questão devem ser sobrestados²⁸². Se, todavia, o processo sobrestado versar sobre outra questão, pode-se argumentar pela distinção como fundamento para destrancar a causa. Nota-se que a atividade de distinguir não se dá em relação à aplicação do precedente, que, em alguns casos, sequer está formado. Trata-se de distinção para fins de não submissão a determinado rito de coletivização de julgamentos. É um *distinguishing* não em relação ao precedente, e sim em relação ao rito que a lei elegeu como formador de precedentes.

Fora dessas hipóteses, o *distinguishing* consiste na argumentação (ou na justificação, se estiver sendo levado a cabo pelo juiz) de que determinado caso não preenche os predicados factuais de certa súmula ou de certa proposição que resume a *ratio* de uma decisão mencionada no artigo 927 do CPC-15.

Quando o STJ, a propósito de aplicar ou não a súmula 392, decidiu que a falência do devedor não gera a modificação do polo passivo para fins de execução fiscal, a corte procedeu exatamente como se estivesse aplicando uma lei: debateu se o estado falimentar modifica ou não o polo passivo. De acordo com o modelo brasileiro, o *distinguishing*, então, é um caso de não-incidência. É a não-subsunção do fato à norma judicial.

3.7.2 A tese das Cortes Supremas

O *stare decisis*, tal como compreendido na Inglaterra e nos Estados Unidos, torna obrigatório que cortes sigam seus próprios precedentes e aqueles estabelecidos por cortes hierarquicamente superiores. Isso significa que, na prática do *common law*, não há uma divisão entre cortes supremas e tribunais ordinários.

Não obstante, prestigiosa doutrina no Brasil tem defendido que somente as Cortes Supremas – leiam-se: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – podem formar precedentes. Defendem, ainda, a existência de uma divisão de trabalho muito clara, pois as Cortes Supremas desenvolvem o direito mediante precedentes, ao passo que os

²⁸² Um dos exemplos do *distinguishing* como argumento para desafetar casos a procedimentos modelos aparece no § 9º do artigo 1.037 do CPC-2015: “Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo”.

Tribunais e juízes de primeira instância buscam fazer justiça no caso concreto²⁸³.

É preciso apreciar com cuidado essa tese.

Em primeiro lugar, é importante distinguir *doutrina dos precedentes* de *teoria dos precedentes*. O *stare decisis*, por exemplo, é uma doutrina dos precedentes, porque remete aos efeitos jurídicos deflagrados por precedentes em um dado ordenamento jurídico. Por outro lado, uma *teoria* dos precedentes busca explicar como funcionam as categorias operacionais, tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* etc²⁸⁴.

Postas as coisas dessa maneira, percebe-se que a tese das Cortes Supremas é uma proposta de uma *doutrina* dos precedentes. Quer-se limitar a força vinculante somente às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que desenvolvam o

²⁸³ “Um tribunal de apelação não firma precedentes por uma razão muito simples. Não é função sua atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento, mas resolver os litígios. Os tribunais atuam de modo a revisar a “justiça” das sentenças de primeiro grau sem qualquer restrição. Há, assim, dois juízos repetitivos sobre o litígio, devendo o tribunal estar atento aos fatos litigiosos e à prova. Isso não quer dizer, como é óbvio, que os juízes e os tribunais não tenham que dedicar tempo e esforço para dar interpretação aos textos legais. Os juízes e tribunais têm aí a importante missão de colaborar para o amadurecimento da interpretação das leis e da solução das questões de direito. Se os juízes e tribunais não podem negar o sentido atribuído ao direito pelas Cortes Supremas, cabe-lhes dar início à atividade interpretativa do Poder Judiciário, fornecendo os primeiros exemplos de interpretação e de solução das questões de direito. A função de resolver litígios deve dar aos tribunais a possibilidade de sedimentar os seus entendimentos sobre o direito. Isso para que as Cortes Supremas possam resolver os impasses interpretativos a partir de interpretações delineadas, ou seja, com base no “direito vivo” de cada um dos tribunais, e não com base em decisões dispersas e incapazes de revelar o pensamento do tribunal. Isso não quer dizer que o tribunal de apelação, ao julgar, deva se preocupar em decidir as questões de direito por maioria para definir *rationes decidendi*. Como já dito, a função dos tribunais é resolver litígios, e não atribuir sentido ao direito. A jurisprudência uniforme do tribunal é formada a partir do resultado dos recursos, que devem espelhar uma determinada solução interpretativa, expressa na fundamentação e na ementa do acórdão. Vários julgados num mesmo sentido, ou seja, várias soluções interpretativas numa mesma direção dão origem à jurisprudência uniforme do tribunal acerca de determinada questão. Porém, a jurisprudência uniforme, nessa perspectiva, não mais está ligada à tutela da lei ou à correção das decisões a partir do sentido exato da lei. A jurisprudência uniforme é o resultado dos vários julgados do tribunal acerca da interpretação da lei ou da devida solução de uma questão de direito, apresentando-se como dado que a um só tempo revela o entendimento do tribunal e o critério para a revisão das sentenças” (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, p. 291-292).

²⁸⁴ A distinção entre *doutrinas* e *teorias* do precedente aparecem de forma clara na seguinte passagem da obra de Neil MacCormick: “Isso indica que, além de doutrinas do precedente, ou seja, doutrinas do Direito Positivo dizendo-nos que autoridade atribuir a precedentes judiciais, precisamos também de teorias do precedente. Sem um entendimento teórico dos precedentes e de conceitos-chave como o de *ratio decidendi*, não podemos de fato implementar nenhuma doutrina jurídica do precedente. Como sempre, a questão não é se devemos ou não ter uma teoria; a questão é apenas se devemos ter uma teoria articulada, bem pensada e, de preferência, correta, ou se podemos ficar contentes com uma teoria implícita, inarticulada e provavelmente incorreta. Podemos dizer que as teorias do precedente tendem do extremo mais ou menos estrito e formalista para o extremo mais ou menos cético do espectro. No extremo formalista, estão aquelas que representam a *ratio* como relativamente fixa a determinada ou ao menos determinável; no extremo cético, estão aquelas que consideram o termo como uma referência ilusória e assim significando qualquer coisa que o intérprete desejar” (Retórica e o Estado de Direito, p. 194). Nota-se, portanto, que a proposição sobre quais decisões devem desencadear efeitos vinculantes ou obrigar futuros julgadores situa-se no âmbito da *doutrina do precedente*. Por outro lado, questões relativas à natureza da *ratio decidendi* – para citar um exemplo – pertencem tipicamente à *teoria do precedente*. A tese das Cortes Supremas consiste, assim, em uma *doutrina do precedente*, mas que certamente só pode funcionar se associada a uma *teoria da ratio* mais formalista, já que, se cortes inferiores puderem manipular as *rationes* como bem quiserem, as Cortes Supremas não exercerão autoridade verdadeiramente.

direito. No entanto, a tese em si não modifica o significado das categorias operacionais desenvolvidas pela *teoria dos precedentes*.

Em segundo lugar, essa tese possui uma raiz teórica nas funções das Cortes. Nessa dimensão, ela não é mais uma *doutrina*, e sim uma *teoria* sobre como as cortes de vértice do *civil law* foram paulatinamente diminuindo o papel de corrigir a aplicação da lei por outros tribunais para assumir a função de atribuir sentido ao direito. Marca, assim, uma mudança de paradigma, cujos pressupostos teóricos são a dissociação entre texto e norma, o reconhecimento da normatividade dos princípios, a inserção da teoria da argumentação e a compreensão da jurisdição como atividade de reconstrução da ordem jurídica²⁸⁵.

Michele Taruffo observa que as cortes, de um modo geral, podem desempenhar funções reativa e proativa. Um traço comum das Cortes Supremas é que, para além da tutela da legalidade, que é uma típica função reativa, elas operam promovendo a legalidade, isto é, proferem decisões que são endereçadas “à obtenção de efeitos futuros, seja no sentido de prevenir violações da legalidade, seja no sentido de favorecer a evolução e a transformação do direito”²⁸⁶.

As Cortes não são supremas simplesmente porque dispõem da última palavra dentro da hierarquia judicial. Elas exercem um papel de liderança argumentativa e interpretativa, produzindo entendimentos que desenvolvem o direito, quer pela densificação de direitos fundamentais, quer pelo juízo de compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição. Por isso, a função proativa das Cortes é, em verdade, uma função pública, que se contrapõe à função privada de resolver conflitos²⁸⁷.

Não é à toa que uma das principais características das Cortes Supremas é a maior seletividade de ações, recursos e procedimentos que tramitam perante elas²⁸⁸. No contexto brasileiro, o instituto da repercussão geral realiza, ainda que timidamente, esse papel, o que favorece a formação de precedentes. Como observa Luiz Guilherme Marinoni, a função do instituto é permitir que o Supremo Tribunal Federal desempenhe sua missão de outorgar “unidade ao direito mediante a compreensão da Constituição”²⁸⁹.

Por essas razões, não faz sentido o Código de Processo Civil determinar quais

²⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, p. 65.

²⁸⁶ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas. In: Processo Civil comparado: ensaios, p. 120.

²⁸⁷ Para maiores detalhes sobre a função pública das Cortes, consulte-se, especialmente, PEREIRA, Paula Pessoa. Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ, p. 140-150.

²⁸⁸ “O número dos precedentes depende evidentemente da existência de um método de seleção de recursos destinados a serem decididos no mérito e dos critérios que são aplicados para efetuar essa seleção” (TARUFFO, Michele. Idem, p. 134).

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, p. 306-307.

decisões podem ou não constituir precedentes. Para Daniel Mitidiero, “[a] produção de precedentes vinculantes com eficácia para além das partes constitui o resultado indissociável dos pressupostos teóricos e da função interpretativa inerente à Corte Suprema”. Para Luiz Guilherme Marinoni, nem todas as decisões do Supremo Tribunal Federal qualificam-se como precedentes, mas aquelas que desenvolvem o direito mediante fundamentos compartilhados pela maioria dos julgadores formam *rationes* vinculantes, independentemente do que o Código de Processo Civil prescreva. A força dos precedentes decorre não da existência de previsão legal, e sim da própria missão das Cortes Supremas²⁹⁰.

A tese impacta fundamentalmente a interpretação do artigo 927 do Código de Processo Civil, que, nessa ordem de ideias, mistura fenômenos muito diversos – precedentes, súmulas, mecanismos de uniformização de jurisprudência e incidentes de tutela coletiva de direitos individuais²⁹¹. Na parte que toca aos precedentes, o rol seria claramente exemplificativo²⁹². De toda sorte, independentemente do que prescreva o artigo 927, o § 1º do artigo 489, especialmente seus incisos V e VI, podem abrigar facilmente uma doutrina do precedente, porque alça tais decisões ao patamar de questões que devem ser obrigatoriamente enfrentadas pelo magistrado na justificação. O inciso VI do § 1º do artigo 489 parece indicar, ainda, que, em face de um precedente obrigatório, o magistrado somente pode deixar de segui-lo se realizar o *distinguishing*. Se esse dispositivo for interpretado dessa maneira, ele dá azo à doutrina do *stare decisis*²⁹³.

O debate sobre a natureza do rol do artigo 927 do CPC pode olvidar uma questão ainda mais importante: a adequação da tese das Cortes Supremas para a realidade brasileira. Embora seja desejável que juízes e tribunais comportem-se obsequiosos às suas próprias decisões pretéritas, não parece correto supor que a justificação de qualquer corte, simplesmente porque tomada nesse ou naquele procedimento, seja reputada vinculante. Isso porque um sistema de precedentes depende, inexoravelmente, de forte seletividade dos julgamentos, condição ausente na dinâmica de trabalho dos tribunais pátrios.

Para se ter uma ideia, a corte intermediária do Estado de Nova Iorque recebeu

²⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC, p. 20-31. A tese impacta diretamente a interpretação do artigo 927 do Código de Processo Civil, que parece instituir um rol de decisões e de instrumentos normativos dotados de eficácia vinculante. Por isso, Luiz Guilherme Marinoni sustenta o caráter exemplificativo do artigo 927.

²⁹¹ Diante dos objetivos da pesquisa, não parece recomendável tratar da diferença entre coisa julgada sobre questão, precedente e uniformização de jurisprudência. Sobre tais distinções, consulte-se amplamente “Incidente de resolução de demandas repetitivas”, de Luiz Guilherme Marinoni.

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 288.

²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Idem, p. 337 e seguintes.

apenas 227 (duzentos e vinte e sete) recursos no ano de 2016²⁹⁴. Ou seja, a segunda instância estadual de um dos principais Estados norte-americanos recebe uma quantidade ínfima de recursos, se comparado com qualquer corte brasileira, inclusive o STF. O que se quer demonstrar com isso é que mesmo uma corte de segunda instância nos Estados Unidos dispõe de tempo e de condições para proferir uma decisão bem refletida sobre temas moralmente controvertidos ou juridicamente desafiadores.

Não há como propor uma doutrina de vinculação ao precedente no Brasil que considere que todos os tribunais formem precedentes. É simplesmente inviável. Até o Supremo Tribunal Federal, que é a Corte Suprema por excelência, possui um volume de trabalho descomunal, completamente incompatível com sua função. Em 2017, foram distribuídos 56.257 processos entre os Ministros. Por outro lado, a Suprema Corte norte-americana julga cerca de 80 processos por ano²⁹⁵.

Julgando mil ou cinquenta mil processos por ano, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem as missões – designadas pela Constituição – de conferir unidade, respectivamente, à interpretação da Constituição e da legislação federal. Ainda que se reconheça que não estão nas condições ideais para exercer tais misteres, não há como um ordenamento jurídico prescindir do estabelecimento de cortes encarregadas de debelar os problemas de coordenação gerados pela interpretação judicial.

²⁹⁴ Disponível em <<https://www.nycourts.gov/ctapps/news/annrpt/AnnRpt2016.pdf>>. Acesso em 20 de janeiro de 2018.

²⁹⁵ Disponível em <https://www.supremecourt.gov/about/faq_general.aspx>. Acesso em 20 de janeiro de 2018.

4 A TÉCNICA DA DISTINÇÃO E OS LIMITES DA AUTORIDADE VERTICAL DOS PRECEDENTES

4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Neste capítulo, propõe-se um modelo de autoridade vertical dos precedentes. Dentro do quadro teórico apresentado no capítulo anterior, esse modelo afina-se com o *reason model* (ou, na classificação de Larry Alexander, afina-se com uma das variáveis do *result model*), na medida em que não trata precedentes como normas entrincheiradas, tampouco adota a concepção de que o *distinguishing* seja um simples caso de não-aplicação de precedentes.

4.2 AS CARACTERÍSTICAS DA AUTORIDADE DO PRECEDENTE

Vislumbram-se, basicamente, três dimensões da autoridade do precedente. A primeira, talvez a mais óbvia de todas, é que precedentes permitem a elaboração de regras específicas. A segunda é que tais regras são balizadas pelas razões universalizáveis a elas subjacentes. Por fim, a terceira – e mais elusiva – característica dos precedentes é a sua plasticidade, isto é, a capacidade de estender silenciosamente para contextos fáticos próximos.

Por um imperativo de clareza, convém enfrentá-las separadamente.

4.2.1 A dimensão de regras específicas e não entrincheiradas

O primeiro modo de controle da discricionariedade já havia sido muito bem destacado por Hart. Nas tradições em que precedentes vinculam, ocorre uma sinergia entre o *stare decisis* e a discricionariedade. Tome-se o exemplo, tantas vezes referido, da aplicação da causa de aumento do roubo prevista no artigo 157 do Código Penal brasileiro. O emprego da arma de fogo, segundo a regra, implica a majoração da pena. Todavia, a regra não explicita se o emprego de uma réplica fidedigna conduz aos mesmos efeitos. Quando uma corte como o Superior Tribunal de Justiça fixa um entendimento sobre o assunto, ele não apenas emite uma opinião de que o problema deva ser resolvido de uma maneira ou de outra. Ele estabelece uma regra nova, que deve ser observada pelo próprio Tribunal e pelos demais a ele vinculados e,

por essa razão, diminui o espaço de penumbra²⁹⁶.

Ou seja, quando se admite o *stare decisis*, os tribunais estão autorizados não só a resolver casos concretos, assim pensados como situações que dizem respeito exclusivamente àquelas partes, mas também estão imbuídos do poder de criar direito, não em um sentido irrestrito, mas, especialmente, colmatando as lacunas deixadas pelas regras²⁹⁷, quer as criadas pelo Poder Público, quer as desenvolvidas no setor privado²⁹⁸.

Ocorre que essas regras são formulações canônicas da racionalidade fundamental do precedente. Não é a regra em si, enquanto formulação canônica, mas sim sua racionalidade, oriunda da justificação, o elemento vinculante para futuros julgadores²⁹⁹. É importante destacar isso porque, em alguns casos, as cortes podem elaborar regras muito mais amplas do que aquilo que elas efetivamente decidiram, o que já foi examinado longamente no capítulo anterior.

Não obstante, é bastante provável que cortes tratem precedentes como regras para facilitar a apreensão do que foi decidido. Retornando ao caso do recurso extraordinário 669.069, não seria equivocado afirmar que a regra extraível daquela decisão é a de que pretensões de ressarcimento ao erário decorrentes de ilícito civil são prescritíveis. A questão é que, para saber quais os verdadeiros limites dessa regra, cortes subsequentes não irão interpretá-la como algo destacado do processo de argumentação e de formação do precedente – que é o que acaba ocorrendo quando se elaboram súmulas ou quando se trata o precedente

²⁹⁶ Sobre esse tema, o Superior Tribunal de Justiça havia editado a súmula n. 174: “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”. Todavia, a súmula encontra-se cancelada atualmente, de modo que o Tribunal adota a posição de que a arma de brinquedo não pode ser equiparada à arma de fogo verdadeira para os fins do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

²⁹⁷ “Num sistema em que o *stare decisis* é firmemente reconhecido, esta função dos tribunais [a função de criar padrões de aplicação] é muito semelhante ao exercício de poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo. Em Inglaterra, este facto é muitas vezes obscurecido pelas aparências: porque os tribunais frequentemente negam qualquer função criadora desse tipo e insistem em que a tarefa apropriada da interpretação da lei e do uso do precedente é, respectivamente, procurar a ‘intenção do legislador’ e o direito que já existe” (HART, H.L.A. O conceito de direito, p. 149). Hart, aqui, chama a atenção para o fato de que a discricionariedade é um fenômeno que causa desconforto aos tribunais. Diante de casos muito difíceis e controversos, é provável que juízes, em ambientes acadêmicos ou em espaços privados, admitam incertezas, que se expressam com falas como “há fundamentos para os dois lados”, mas não é normal que, na justificação oficial, eles apresentem o problema como se o direito não proviesse alguma resposta prévia, como se eles, em um ato de vontade, estejam definindo o destino das partes. O que Hart está dizendo, enfim, é que, a despeito de a prática judicial justificar as decisões como se elas derivassem inteiramente do direito, a verdade é que alguns elementos serão criados e desenvolvidos pelos tribunais.

²⁹⁸ É importante destacar que, na concepção hartiana, particulares também dispõem de poder de criar e de modificar regras, a partir de contratos e testamentos, por exemplo. Assim, não basta pensar que a jurisdição colmate lacunas em leis ou normas públicas. Basta ver que existem precedentes, no Brasil, que regulam terceirização, relações entre coproprietários em condomínio edilícios, impossibilidade de hospitais exigirem cheque-caução de consumidores etc. Ainda que muitas dessas situações sejam reguladas, ao menos em parte, por normas estatais, uma parcela considerável dos precedentes buscam estabelecer limites à autonomia privada. Por isso, quando se fala em “colmatar lacunas”, não é no sentido de que cortes vão atuar simplesmente em matérias que não tenham sido tratadas pelo legislador.

²⁹⁹ RAZ, Joseph. The authority of law, p. 189.

como uma regra. Só para demonstrar, a improbidade administrativa – que, pela justificação, não foi tratada no recurso extraordinário 669.069 – é um ilícito civil, no sentido de não ser um ilícito criminal³⁰⁰. Logo, o sentido de ilícito civil na “regra” do precedente é dado pelas próprias justificações subjacentes. Por isso, não há como tratar a categoria “ilícito civil” como uma generalização entrincheirada³⁰¹.

Ademais, quando cortes subsequentes tiverem de examinar tentativas de extensão da *ratio* para conceitos próximos ou tentativas de *distinguishing*, invariavelmente terão de perquirir as justificações da regra. Propor um *reason model* não significa negar que o precedente tenha uma dimensão de regra. Significa, apenas, que essa regra seja vinculante na medida precisa em que reproduzir, para o contexto em que se pretende aplicá-la, a racionalidade do precedente. É justamente porque tais “regras” são revisáveis, principalmente à luz da justificação, que elas não são entrincheiradas, isto é, as generalizações contidas nos seus predicados factuais podem ajustadas para evitar sub ou sobre-inclusão. Portanto, é a racionalidade – e não o seu texto como expressão canônica – que vinculará os futuros julgadores. Isso torna a dimensão da regra revisável, gerando um modelo mais equilibrado entre autoridade e racionalidade.

Essa relação entre autoridade e racionalidade atende a um dos grandes desafios de uma doutrina dos precedentes comprometida com o controle da discricionariedade judicial: estabelecer os limites do poder de criar normas. Caso se admita que cortes possam criar regras específicas sem maiores constrangimentos, as fronteiras entre a jurisdição e a legislação poderão tornar-se bem tênues, quiçá apagadas³⁰².

Thomas Bustamante observa que a teoria dos precedentes do *common law*, notadamente a de matriz inglesa, é fortemente influenciada pelo positivismo jurídico. Isso significa, em outras palavras, que é uma teoria que credencia a autoridade em função da origem do ato normativo, e não em função dos seus méritos morais. Nesse contexto, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* presta-se, fundamentalmente, a estabelecer um limite ao poder criativo das cortes, impedindo que juízes e cortes criem normas para além do necessário para resolver os casos diante deles³⁰³.

³⁰⁰ Sobre a natureza cível (em sentido não-criminal) da responsabilização por ato de improbidade, consulte-se DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 906-907.

³⁰¹ Sobre o sentido de “generalização entrincheirada”, consulte-se, amplamente, SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*, p. 42 e seguintes. Frise-se que a teoria de Schauer já foi exposta no capítulo anterior.

³⁰² Apesar de defender o *rule model*, o próprio Larry Alexander reconhece que seu principal defeito reside em admitir que cortes possam criar regras semelhantes à legislação (ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedents*, p. 27-28).

³⁰³ “Mas a teoria inglesa dos precedentes judiciais é também uma teoria fortemente positivista. A ideia de que os juízes criam o *case law* por sua própria autoridade está na base dessa teoria. Foi tal ideia que levou os juristas

Não se deve esquecer que os principais teóricos positivistas postulam que direito e moral sejam separados no nível da validade, isto é, uma norma, para ser juridicamente válida, não precisa ser moralmente justa³⁰⁴. Entretanto, juízes e cortes engajam-se frequentemente em raciocínios morais para tomar suas decisões. Por isso, tendo em mente que o *common law* é, antes de tudo, um direito produzido por juízes a partir de casos concretos, nada mais natural que seja profundamente influenciado pela moralidade.

Melvin Eisenberg captura bem essa ambiguidade do *common law*, que transita entre fontes cuja autoridade independem do conteúdo e preocupações morais, políticas e sociais. Para ele, a dinâmica do *common law* pode ser explicada a partir de proposições dogmáticas, que são encontradas nas fontes legais ou facilmente derivadas delas, e de proposições sociais, que decorrem da moralidade, da política ou da experiência³⁰⁵.

Em sua concepção, a relação entre proposições dogmáticas e sociais consistiria em um importantíssimo limite ao poder criativo das cortes. Um dos princípios que governam a jurisdição, ainda de acordo com o prestigiado doutrinador, é o do suporte, pelo qual se exige que as normas universalizáveis criadas e aplicadas pela jurisdição encontrem respaldo nos padrões geralmente aceitos pela sociedade e por padrões especiais ligados ao direito³⁰⁶.

a distinguir entre a *ratio decidendi* - a parte vinculante da decisão judicial - e o *obiter dictum* - os discursos não-autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do Precedente Judicial - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais, p. 252).

³⁰⁴ Essa questão foi bem tratada por Kenneth Einer Himma, quando enfrentou o problema da tese da separabilidade entre direito e moral: “Em sua forma mais geral, a tese da separabilidade sustenta que direito e moralidade são conceitualmente distintos. Essa formulação abstrata pode ser interpretada de várias formas. Por exemplo, Klays Füber a interpreta como uma pretensão metodológica de que a definição do direito tem de ser inteiramente livre de noções morais. Essa interpretação sugere que qualquer referência a considerações morais na definição de noções relacionadas a direito, validade jurídica e sistema jurídico seja inconsistente com a tese da separabilidade. Mais frequentemente, a tese da separabilidade é interpretada como uma afirmação no nível do objeto sobre as condições necessárias para a validade jurídica. De acordo com a interpretação da tese da separabilidade no nível do objeto, não é uma verdade conceitual que os critérios de validade incluam princípios morais. Assim, a interpretação no nível do objeto defende a viabilidade de um sistema jurídico conceitualmente possível no qual a validade jurídica de uma norma não dependa dos seus méritos morais” (HIMMA, Kenneth E. Inclusive legal positivism, p. 17. No original: “In its most general form, the Separability Thesis asserts that law and morality are conceptually distinct. This abstract formulation can be interpreted in a number of ways. For example, Klaus Füber interprets it as making a meta-level claim that the definition of law must be entirely free of moral notions. This interpretation implies that any reference to moral considerations in defining the related notions of law, legal validity, and legal system is inconsistent with the Separability Thesis. More commonly, the Separability Thesis is interpreted as making an object-level claim about the existence conditions for legal validity. According to the object-level interpretation of the Separability Thesis, it is not a conceptual truth that the validity criteria include moral principles. Thus, the object-level interpretation asserts that there exists a conceptually possible legal system in which the legal validity of a norm does not depend on its moral merits”).

³⁰⁵ EISENBERG, Melvin Aron. The Nature of the Common Law, p.1-2.

³⁰⁶ Seria interessante, mas inviável para os propósitos do tópico, demonstrar como Melvin A. Eisenberg desenvolve essas funções sociais das cortes. Em um brevíssimo resumo, o jurista norte-americano identifica quatro princípios que informam a atuação jurisdicional: objetividade, suporte, replicabilidade e responsividade. A objetividade da jurisdição consiste na existência de limites à forma de decidir os casos pelos juízes e cortes. Esse princípio se desdobra em duas faces: a imparcialidade dos juízes, que reflete a

Assim, o emprego da moralidade social alivia (conquanto não elimine) o dilema da retroatividade, garantindo que as decisões sejam enraizadas em padrões normativos conhecidos ou dificilmente ignorados pelos litigantes à época em que agiram (ou seja, antes mesmo do processo judicial)³⁰⁷.

Gerald Postema, em trilha ainda mais interessante, suspeita que o *common law* consista em uma tradição jurídica que não se deixa explicar nem pelo direito natural, nem pelo positivismo jurídico³⁰⁸. Para ele, enquanto o positivismo prega que a autoridade seja independente do conteúdo, o *common law* não trata seus precedentes como regras independentes de suas justificações³⁰⁹. Ademais, argumenta que o sucesso da força vinculante do precedente dependerá, em grande parte, da sua capacidade de convencer futuros julgadores³¹⁰.

Concorda-se plenamente com Gerald Postema: precedentes não podem ser explicados simplesmente com base na autoridade, porque eles são normas que incorporam, em algum grau, suas justificações. Logo, a técnica de utilizar precedentes encontra-se no limiar entre a autoridade e a racionalidade, na medida em que o processo de criação das normas precedentais é, simultaneamente, um processo de argumentação (isto é, um processo de apresentação de razões)³¹¹. Isso, por si só, é um grande limitador.

exigência de desvinculação com as partes, e a universalidade, que consiste no dever de decidir as causas particulares mediante regras passíveis de serem aplicadas a casos semelhantes (regras universalizáveis). O princípio do suporte exige que as regras universalizáveis aplicadas pela jurisdição encontrem respaldo nos padrões geralmente aceitos pela sociedade e por padrões especiais ligados ao direito. O terceiro princípio é o da replicabilidade do processo de justificação. Basicamente, Eisenberg observa que os atores privados se valem de advogados para planejar suas ações e evitar litígios. Para isso ser possível, é necessário que haja uma previsibilidade de como as cortes tratam determinados temas. O quarto princípio é o da responsividade, pelo qual as cortes estão obrigadas a considerar seriamente os discursos das partes mediante seus advogados, devendo rever seus entendimentos ou mantê-los, mas de forma justificada em qualquer caso (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Harvard University Press, 1988, p. 8-13).

³⁰⁷ Por dilema da retroatividade, Melvin Eisenberg tem em mente a óbvia constatação que, com frequência, as decisões judiciais referem-se a fatos já ocorridos no passado, gerando o problema de que a norma judicial retroaja para alcançar fatos constituídos antes de sua promulgação (Ibidem, p. 15-16).

³⁰⁸ POSTEMA, Gerald. *Philosophy of the Common Law*. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, p. 599-600.

³⁰⁹ No common law, a força normativa e a autoridade de uma decisão judicial se estendem além dos fatos e das partes que litiguem no caso particular, mas essa força do precedente não depende unicamente da declaração autorizada de uma regra geral no corpo da opinião do juiz. O juiz em um caso anterior não fixa unilateral e definitivamente o âmbito ou o significado de uma regra através de sua decisão, independentemente de quão cuidadosamente elaborado o seu voto. No final, é a qualidade e a força do raciocínio, e não a sua expressão pública, que empresta autoridade ao raciocínio de um tribunal (Idem, p. 601. No original: “*In common law the normative force and authority of a judicial decision extends beyond the facts and the parties litigating in the particular case, yet that precedential force does not depend solely on the authoritative utterance of a general rule in the body of the judge's opinion. The judge in a prior case does not unilaterally and finally fix the scope or meaning of a rule through his or her decision, regardless of how carefully crafted the language of the opinion is. In the end, it is the quality and force of the reasoning, not the public utterance of it, that lends authority to a court's rationale*”).

³¹⁰ Ibidem, p. 601.

³¹¹ A essa altura, talvez alguém aduza que o Poder Legislativo, quando edita uma lei, também expõe seus

O grande problema do *rule model*, tal como defendido por Larry Alexander e descrito por Frederick Schauer, é desprezar a principal característica do precedente: o fato de mesclar a autoridade da decisão com a racionalidade da motivação. Uma doutrina que direcione a vinculação para a racionalidade é muito mais sábia do que uma que aponte para a regra canonicamente formulada pelas cortes.

4.2.2 Justificações universalizáveis

Como se acabou de sustentar, a orientação prática que os precedentes oferecem não se limita à norma que pode ser extraída deles. Boa parte reside na justificação, na qual precedentes resolvem, sobretudo, problemas de multiplicidade de opções valorativas.

Seja no campo da moral, seja no campo do direito, o ato de justificar um comportamento ou um julgamento envolve fornecer razões que sejam válidas não apenas no caso particular enfrentado, mas também em casos semelhantes no futuro. Nesse ponto, Richard Mervyn Hare, em uma perspectiva pragmática, afirma que não faz sentido censurar alguém se não se supuser que, no futuro, aquela mesma pessoa ou um terceiro possa agir de maneira semelhante à conduta reputada incorreta. Desse modo, quando se está ensinando alguém a dirigir e esse alguém faz uma manobra errada, a censura e a correção não objetivam ensinar o aprendiz no passado, mas comunicar qual o padrão a ser seguido dali em diante³¹².

Neil MacCormick baseia-se fundamentalmente em Richard Hare e estende o conceito de universalizabilidade para o âmbito do direito. Segundo MacCormick, justificar um ato consiste em demonstrar que é certo e justo agir de determinado modo. Por justiça, MacCormick adota a distinção, tributária de John Rawls, entre conceito e concepções. Nessa linha, o conceito de justiça é abstrato e formal, radicando-se na ideia de tratar casos iguais de forma igual, mas as concepções vão oferecer diferentes conjuntos de princípios a partir dos

motivos. Não obstante, além de ser não se comparar, na prática, a qualidade de exposições de motivos com a qualidade de justificações judiciais, não se pode perder de vista que, não raro, o Legislativo se limita a apresentar razões políticas de conveniência, bem como os fins que se pretendem alcançar com a lei. A exposição de motivos não é um discurso justificatório do porquê certa regra é conforme ou não ao direito, tampouco cobrirá cada opção política específica consubstanciada na lei. Ao contrário, espera-se da jurisdição justificações em que se observe a racionalidade da regra desenvolvida. Não se trata de promulgar um precedente com base no simples desejo ou preferência de um julgador. Há o entrelaçamento entre autoridade e razão, de uma maneira que textos legais, por razões não só culturais, mas sobretudo pragmáticas, estão impedidos de oferecer.

³¹² HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 137. Além do original, para mais considerações sobre a filosofia de Richard Hare, recomenda-se o seguinte artigo: FREITAS FILHO, Roberto. Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160456/Decisoes_juridicas_teoria_linguistica.pdf?sequence=3>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

quais se pode determinar quando os casos são semelhantes e quando são diferentes. A exigência de justiça formal conduz a que um juiz decida, exceto diante de razões fortes, o caso atual da mesma forma que os casos pretéritos semelhantes. Além disso, o princípio da justiça formal exige que um juiz só possa decidir um caso a partir de uma justificação universalizável, isto é, a partir de razões que esteja disposto a utilizar em casos semelhantes posteriores. Ou seja, a universalizabilidade é uma expressão do conceito de justiça³¹³.

Nessa esteira, sempre que um caso concreto for submetido à apreciação jurisdicional, a solução aplicada deve basear-se em razões que podem ser universalizadas, de modo a guiar a solução de casos semelhantes futuros³¹⁴. Circunstâncias excepcionais podem afastar a solução universalizada de um caso anterior. Em princípio, aquele que matar alguém deve ser condenado à pena de reclusão por certo período de tempo. Caso se adicione o fato relevante reputado como legítima defesa proporcional, aquela solução não se torna mais adequada. Mesmo assim, a lógica da universalização permanece: sempre que alguém matar outra pessoa em situação de legítima defesa proporcional não praticará conduta penalmente punível³¹⁵.

Retome-se, por ora, o exemplo do § 2º do artigo 157 do Código Penal brasileiro. Parece claro que a aplicação da causa de aumento à réplica de arma de fogo depende da atribuição de sentido à própria regra. Se um juiz interpreta que a razão pela qual se aumenta a pena é o temor que a arma de fogo incute na vítima, é bastante provável que ele decida que o emprego da “arma de brinquedo”, caso se trate de uma réplica boa o bastante para simular uma arma real, enseje o aumento da pena. Todavia, se o juiz entender que a razão pela qual se aumenta a pena é o potencial lesivo da arma de fogo, alcançará solução diametralmente oposta, já que a réplica, por melhor que seja, não possui a capacidade de causar dano. Um terceiro juiz pode reconhecer que haja dúvida sobre o propósito da regra e, aplicando o princípio do *in dubio pro reo*, pode afastar o aumento da pena. Um quarto juiz pode entender que a equiparação entre a réplica e a arma de fogo real constitui uma analogia *in malam*

³¹³ MacCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito, p. 93-96.

³¹⁴ “O ‘porquê’ da justificação é um conector universal neste sentido: para um dado ato ser correto em virtude de uma certa característica, ou conjunto de características, ou situação, o mesmo ato precisa ser materialmente correto em todas as situações em que materialmente as mesmas características se apresentarem”. (MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica, p. 120).

³¹⁵ “Isso [o porquê apresentado ou a justificação] é sujeito à exceção de que características relevantes adicionais podem se apresentar de sorte a alterar o resultado correto, mas a exceção é válida apenas se tiver a seu turno a mesma qualidade universal. Nós teremos que estar lidando com algum conjunto adicional de relações que, a seu turno, se repetido, será utilizado para justificar a mesma exceção em um caso futuro semelhante. Isso não depende de qualquer doutrina ou prática de seguir precedentes. Ao contrário, a racionalidade do sistema de precedentes depende dessa propriedade fundamental da justificação normativa, dentro de qualquer moldura justificatória: sua universalizabilidade”. (Op. cit., p. 120).

partem, que não é admitida pelo direito penal brasileiro. Enfim, existem múltiplas leituras possíveis. A universalizabilidade exigirá, contudo, que a leitura aplicada para resolver o caso da “arma de brinquedo” não se esgote nele, mas regule a solução de casos semelhantes no futuro.

Suponha-se um novo caso: o assaltante, em vez de empregar uma réplica, vale-se de uma arma verdadeira, porém desmuniada. Não se pode dizer, rigorosamente, que as situações sejam idênticas. Todavia, se o primeiro caso houver sido decidido com fundamento em que o aumento de pena não se aplica por falta de potencial lesivo, certamente os tribunais terão de decidir que o emprego de arma desmuniada deve seguir a mesma sorte. Se, por outro lado, o fundamento da primeira decisão for a impossibilidade de analogia *in malam partem*, talvez o tribunal tenha de elaborar um fundamento novo, mais específico ao segundo caso, já que, a rigor, mesmo desmuniada, a arma de fogo é verdadeira e não se trata de analogia.

Como se vê, a universalizabilidade relaciona-se diretamente com a coerência das decisões judiciais³¹⁶. MacCormick visualiza dois possíveis testes de coerência: o normativo, que se relaciona com a “justificação de soluções jurídicas ou de proposições normativas no contexto mais geral de um sistema jurídico concebido como uma ordem normativa”, e o narrativo, que diz respeito à “justificação de descobertas de fato e a elaboração de inferências razoáveis a partir de provas³¹⁷”.

Focando na coerência normativa, a qual interessa ao desenvolvimento do direito a partir de precedentes, é possível extrair derivações de princípios, que apontam alguns caminhos como coerentes e exclui outros³¹⁸. Assim, a coerência é capaz de eliminar algumas

³¹⁶ De antemão, deve-se esclarecer que MacCormick distingue a consistência, que seria a característica de não-contradição entre proposições pertencentes a um conjunto, da coerência, que seria “a propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, ‘faz sentido’ na sua totalidade. O jurista escocês se apressa em consignar que a coerência admite gradações, de modo que a existência de algumas inconsistências em uma história não a torna *ipso facto* incoerente. A coerência, inclusive, será o guia para decidir, diante de proposições inconsistentes, “quais desconsiderar como anomalias dentro de uma explicação ou opinião coerente no geral” (MacCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução Conrado Mendes Hubner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 248).

³¹⁷ Idem, p. 247.

³¹⁸ “No que diz respeito ao argumento sobre a coerência, a tarefa da qual os juízes se incumbiram se divide em duas partes. Primeiro, a investigação trata dos princípios ou valores que, na medida do possível, conferem sentido a um conjunto relevante de normas jurídicas - leis e precedentes lidando com o mesmo assunto no mesmo campo do Direito. Tais valores e princípios são parcialmente encontrados nos documentos jurídicos existentes e parcialmente construídos de modo original, de modo a estabelecer uma visão coerente de terminado campo do Direito, mostrando resumidamente tal campo em vista de um princípio ou valor ‘subjacente’, ou de um conjunto coerente de princípios e valores. As regras são entendidas como determinações ou concretizações de tais princípios, e, nesse sentido, são o veículo que lhes confere efeito jurídico. Novas soluções e decisões que se subsumem dentro desse mesmo esquema são, portanto, propriamente consideradas coerentes com o Direito preexistente” (MacCORMICK, Neil, op. cit., p. 260).

escolhas interpretativas e de exhibir um poder justificatório considerável³¹⁹.

Vale alertar que o ato de justificar não impõe que o julgador seja sincero quanto às razões que apresenta. Como diz MacCormick, é provável que, na realidade, determinados juízes deixem-se impressionar por circunstâncias que são completamente alheias ao direito. Todavia, no momento de justificar esse ato, serão forçados a argumentar mediante razões que sejam boas e sólidas dentro da lógica do direito. Por isso, diz o jurista escocês, “a insinceridade é ainda mais reveladora que a sinceridade”, já que “somente aqueles argumentos que demonstram por que motivo se deveria fazer x são razões para exigir que se faça x, ou para fazê-lo³²⁰”.

A essa altura, tornou-se fácil compreender a íntima relação entre a justificação universalizável e a técnica dos precedentes. A ideia de que as decisões judiciais devem ser tomadas a partir de fundamentos que os juízes estejam dispostos a usar no futuro, diante de casos semelhantes, captura bem a noção de pacto intertemporal, além de promover uma responsabilidade diferenciada para o ato de fundamentação. Quando não há compromisso com as justificações, o direito se converte em discursos *ad hoc*, aptos a fundamentar quaisquer resultados que se queira alcançar³²¹.

³¹⁹ Nas palavras do próprio MacCormick, “o constrangimento de coerência determina apenas o que poderíamos chamar de 'possibilidade de derivação em sentido fraco' (*weak derivability*) de uma decisão a partir do Direito preexistente. Isso está em contraste com a 'possibilidade de derivação em sentido forte' (*strong derivability*), na qual se pode dedutivamente derivar uma decisão a partir de regras vinculantes do sistema, no sentido de que qualquer outra decisão seria diretamente inconsistente (ou contraditória) com tal regra vinculante, mesmo à luz de todos os argumentos interpretativos razoáveis aplicados à regra” (MacCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*, 2008, p. 265).

³²⁰ MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 18-19. Essa discussão relaciona-se com a conhecida distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação, que foi bem exposta por Manuel Atienza (As razões do direito, p. 21-22): “Em todo caso a distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação nos permite, por sua vez, distinguir duas perspectivas de análise das argumentações: a primeira seria a perspectiva de algumas ciências sociais, como a psicologia social, que esboçaram diversos modelos para explicar o processo de tomada de decisões a que se chega, em parte, mediante o uso de argumentos. (...) A segunda perspectiva seria a de outras disciplinas que estudam sob que condições se pode considerar justificado um argumento. Aqui, por sua vez, caberia falar de uma justificação formal dos argumentos (quando um argumento é formalmente correto) e de uma justificação material (quando se pode considerar que um argumento, num campo determinado, é aceitável). Isso permitiria distinguir entre a lógica formal ou dedutiva, por um lado, e o que às vezes se chama de lógica material ou informal (onde se incluiriam coisas tais como a tópica ou a retórica), por outro. A teoria padrão da argumentação jurídica se situa precisamente nessa segunda perspectiva, isto é, no contexto de justificação dos argumentos, e em geral costuma ter pretensões tanto descritivas quanto prescritivas; trata-se, portanto, de teorias (como as de Alexy ou de MacCormick, abordadas mais adiante neste livro) que pretendem demonstrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também (e ao mesmo tempo, pois segundo eles os dois planos em geral coincidem) como deveriam elas ser justificadas. Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade)”. Mas o próprio MacCormick parece ter ressalvas quanto à importância dessa distinção no âmbito do direito (MacCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 19-21).

³²¹ Para MacCormick, a noção de que casos semelhantes devem ser julgados de forma semelhante é uma

4.2.3 A plasticidade dos precedentes

Os precedentes – ao menos para os proponentes do *reason model* – são dependentes dos seus contextos de formação e demandam uma divisão de trabalho bem específica: à corte do passado, cabe estabelecer uma regra conectada a uma justificação universalizável; à do presente, avaliar se o caso diante dela é suficientemente similar ao precedente.

Retorne-se, por ora, ao recurso extraordinário 669.069, em que o STF definiu que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário nos casos de ilícito civil. Essa decisão, se tratada como precedente, controlará um caso subsequente que reproduza fielmente o contexto de formação. Mas será tal precedente simplesmente irrelevante se, em vez de acidente de trânsito, cuidar-se de um ato de improbidade causador de dano ao erário? Poderia um juiz, especialmente um que discorde do entendimento firmado no recurso extraordinário 669.069, simplesmente afirmar a não identidade dos casos e passar a decidir como se o precedente não controlasse, nem mesmo minimamente, sua decisão?

A relevância de um precedente para controlar uma decisão não é uma questão binária, que só admite um sim ou um não. A autoridade do precedente é plástica, flexível, capaz de adaptar-se a situações não idênticas aos seus contextos originais de formação. Pensando sua autoridade como um círculo, ela é muito intensa no centro e fraca na periferia. Ou seja, a autoridade é proporcional à semelhança do contexto fático do caso atual àquele em que se formou o precedente.

Há dois modos pelos quais precedentes se estendem para contextos distintos dos seus centros factuais. O primeiro é pela articulação de uma rede de princípios, que tornam coerentes algumas decisões, ao mesmo tempo que exclui outras. Os exemplos que foram tratados na seção anterior, a propósito da interpretação do artigo 157 do Código Penal brasileiro, já evidenciaram como a ideia de universalizabilidade pode criar compromissos fortes para futuros julgadores, se eles internalizarem a necessidade de tomar decisões coerentes.

Além da coerência, outra razão para a plasticidade dos precedentes é o uso da

obviedade em um Estado de Direito: "Para quem quiser debater esse princípio comigo [o da justiça formal], na realidade posso recorrer somente a um argumento humano: ou nossa sociedade é organizada de acordo com esse valor da racionalidade ou não, e não consigo contemplar sem repugnância a incerteza e a insegurança de uma sociedade gerida arbitrariamente, na qual decisões de todas as espécies são tomadas de acordo com a veneta ou o capricho de alguém naquele momento, sem referência a processos decisórios passados ou futuros" (MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 97-98).

analogia. A partir dela, precedentes se expandem para casos que são narrativamente distintos, porém ainda assim similares o bastante para receber o mesmo tratamento jurídico.

Recentemente se discutiu na Inglaterra o difícil caso das gêmeas siamesas Jodie e Mary. As duas bebês estavam ligadas entre si na altura do baixo abdômen. Mary, mais fraca, nasceu sem coração e sem pulmões, sobrevivendo graças à união com a irmã. Os médicos, no entanto, identificaram que, se as gêmeas não fossem separadas, ambas faleceriam. Por outro lado, se separadas, Jodie teria condições de sobreviver, mas Mary não. Mas como esse caso se relaciona com o de um alpinista que, não suportando mais o peso de seu colega, rompe a corda e deixa o colega encontrar-se com a morte³²²? Ou com o caso de um naufrago que, paralisado pelo medo, obstrui a passagem daqueles que querem se salvar³²³?

Neil MacCormick observa que, à primeira vista, esses casos não são semelhantes. Mas quando se percebe que, nas três situações, “uma pessoa aparentemente 'escolhida' para uma morte prematura e inevitável se torna a causa potencial da morte de alguém que não precisa morrer da mesma calamidade”, os casos passam a assemelhar-se tanto, que talvez uma mesma racionalidade jurídica possa resolvê-los³²⁴.

Embora boa parte dos teóricos do precedente destaque o relevante papel da analogia, Frederick Schauer, cuja posição não deve ser ignorada, entende que o argumento por analogia e o argumento por precedentes são distintos. Para explicar a diferença, remete-se a *Adams v. New Jersey Steamboat Company* ((1986) 45 NE 369). O requerente viajava em um barco a vapor que oferecia, aos seus passageiros, camarotes privativos. Ocorre que certa quantia de dinheiro foi furtada do quarto de Adams, motivando que ele ajuizasse uma ação contra a companhia. Depois de passar pelas duas instâncias iniciais, o caso chegou à Corte mais elevada do Estado de Nova Iorque, que enfrentou a questão de se um barco a vapor com cabines privativas era mais semelhante a um trem com camas de dormir ou mais semelhante a um hotel³²⁵. Essa questão era decisiva, porque os estabelecimentos hoteleiros – diferentemente das transportadoras férreas – respondiam objetivamente pelos danos causados

³²² “Outra analogia hipotética, extraída de um evento real da história do alpinismo, diz respeito a um alpinista exausto que corta a corda depois de uma hora de um esforço infrutífero para salvar o outro alpinista” (MacCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 269).

³²³ “O inquérito que investigou os motivos das mortes ocorridas no mar depois do desastroso naufrágio do barco *Herald of Free Enterprise* no porto de Zeebrugge, em 1987, registrou um evento horrível no testemunho de um oficial do exército. Havia uma escada de corda por meio da qual passageiros poderiam escapar. O oficial e um número considerável de outras pessoas estavam na água, próximo do pé da escada, em perigo iminente de se afogar. Um jovem, em razão do medo ou do frio, de alguma maneira, ficou paralisado em cima da escada. Depois de aproximadamente dez minutos, o oficial, assumindo a responsabilidade de conduzir a situação, ordenou que o homem fosse empurrado para fora da escada. Ele nunca foi visto novamente, mas um grande número de pessoas, incluindo o oficial, conseguiram se salvar” (Idem, p. 268-269).

³²⁴ MacCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*, p. 274.

³²⁵ Os detalhes do caso foram extraídos de WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica*, p. 21-22.

a seus passageiros³²⁶.

A corte entendeu que um barco a vapor com cabines privativas assemelha-se mais aos hotéis, porque o viajante a bordo estabelece com o transportador uma relação jurídica que não pode ser completamente diferenciada daquelas travadas entre hóspedes e hoteleiros. Além disso, ponderou que os passageiros não esperam o mesmo grau de segurança contra ladrões no leito aberto de um trem, sendo muito diferente de quem está no camarote de um barco, seguro e trancado contra a entrada de estranhos³²⁷.

Para Schauer, não se pode dizer que a corte atual estivesse obrigada por algum precedente a considerar que um barco a vapor com cabines se assemelhasse mais a um hotel do que a um trem com leitos. Desse modo, a analogia seria “uma forma de persuasão e de justificação, mas não de vinculação³²⁸”. Não se pode perder de vista que, para o jusfilósofo norte-americano, precedentes funcionam como regras entrincheiradas, as quais somente se aplicam aos contextos definidos pelas generalizações contidas nos seus predicados factuais. Uma vez que se rejeitou o *rule model*, não há problemas em reconhecer – aliás, tudo recomenda – que a autoridade do precedente seja vinculante no seu centro, mas irradie em direção a contextos próximos, embora não idênticos³²⁹. Mas para entender a elasticidade dos precedentes, é necessário deter-se um pouco mais sobre a analogia.

O argumento por analogia relaciona um objeto, denominado de *fonte*, com outro, denominado de *alvo*, dentro de um contexto prático específico. A primeira característica desse processo é que, quando se emprega a analogia, conhece-se mais sobre a fonte do que sobre o alvo³³⁰. Em *Adams v. New Jersey Steamboat Company*, a fonte da analogia era o estabelecimento hoteleiro, a respeito do qual já se sabia ser aplicável a responsabilidade objetiva. Por outro lado, o barco a vapor era o alvo, a respeito do qual se tinha uma dúvida razoável sobre como proceder. Assim, em vez de nos dedicarmos a uma investigação independente e profunda a respeito do objeto menos conhecido, a analogia funciona como um atalho: se o alvo é semelhante à fonte, então é provável que problemas envolvendo um sejam solucionados da mesma forma que os problemas envolvendo o outro³³¹.

A analogia não representa uma comparação entre dois objetos dissociada de

³²⁶ SCHAUER, Frederick. *Precedent*, p. 6-7.

³²⁷ WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica*, p. 22-23.

³²⁸ “*More specifically, an argument from analogy is ordinarily a form of persuasion and justification, but not of constraint*” (SCHAUER, Frederick. *Precedent*, p. 6).

³²⁹ Por óbvio, nos contextos próximos, precedentes funcionarão mais como razões do que como ordens. Mesmo assim, não se deve menosprezar essa força.

³³⁰ BREWER, Stephen. *Exemplary Reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy*, p. 966.

³³¹ WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica*, p. 46-54.

qualquer contexto prático. Tomem-se os exemplos do livro físico e do *e-book*. Se o contexto de comparação for a finalidade dos objetos, os dois se assemelham, já que promovem informação, cultura e educação. Por outro lado, se o critério for a composição material, eles são muitíssimo diferentes. Assim, se alguém pretende levar vinte e cinco livros em uma viagem de avião, mas não pagar excesso de bagagem, preferirá os *e-books* – exibíveis em levíssimos leitores digitais e *tablets* – aos livros físicos, que pesam e ocupam espaço nas malas. No contexto prático de não pagar excesso de bagagem, livros físicos são mais semelhantes a roupas do que a *e-books*³³².

Por essas razões, a analogia – na verdade, a comparação crua entre objetos – isoladamente não consegue assegurar a racionalidade da decisão. É necessário que haja uma concepção teórica mínima acerca do que é relevante na comparação entre a fonte e o alvo, a qual pode ser extraída do contexto prático (se comparo finalidades, livros físicos e digitais são similares; se comparo a conveniência de transportá-los em viagens aéreas, livros físicos pesam e ocupam espaço, ao passo que *e-books* não acrescem um grama ao *tablet*, celular ou *notebook* em que serão exibidos).

Boa parte da fundamentação jurídica envolvendo analogia implicará não apenas o convencimento de que dois objetos sejam similares a partir de certo critério, mas também o convencimento de que o critério empregado esteja correto. Quando o Ministro Dias Toffoli, debruçando-se no artigo 150, VI, alínea d, da Constituição, comparou os *e-books* aos livros físicos nos recursos extraordinários 330.817 e 595.676, ele o fez a partir do critério da finalidade. O voto, muito bem fundamentado, trouxe uma evolução das interpretações das sucessivas regras sobre imunidade de livros, demonstrando que o critério dominante sempre foi a finalidade de promover cultura, informação e educação. Na realidade, o seu voto concentrou-se não só na analogia em si, mas fundamentalmente no porquê a analogia entre livros físicos e *e-books* deveria ser realizada à luz da finalidade dos objetos, e não à luz de outro parâmetro³³³.

³³² EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law, p. 83-87. Eisenberg desenvolve bastante essa questão, demonstrando que um dos mais estimados teóricos do *common law* – Edward Levi – tratou a analogia de forma um tanto inocente, como se ela consistisse em uma comparação bruta entre dois objetos, não guiada por qualquer concepção prévia de relevância. O autor ainda faz considerações da proximidade entre analogia e princípios.

³³³ Aqui se percebe claramente como textura aberta – a vagueza do conceito empírico livro, que pode ou não, em determinado contexto, abarcar *e-books* e *audiobooks* – e uma teoria operacional da interpretação (que se situa no nível dos desacordos teóricos) se somam para explicar como o direito é indeterminado. Sem dúvida, quem adotar outra teoria operacional – ou seja, quem defender que a finalidade não é o melhor critério para apreciar a questão – chegará a conclusões diversas. Portanto, o que decisões judiciais bem justificadas devem responder, de forma clara e objetiva, é qual a teoria operacional utilizada e por quê, bem assim qual a influência dessa teoria sobre conceitos empíricos que se tornaram vagos na disputa de ideais levada ao

A decisão alcançou, ainda, outros dois objetos: os *audiobooks* e os leitores digitais (*e-readers*). É evidente que ambos, em uma comparação meramente material, são bem distintos de livros físicos. Não há como ler *audiobooks*, mas, quando se aceita a finalidade como um critério de comparação, a resistência em acolher tais manifestações sonoras como similares a escritos diminui consideravelmente.

No caso dos leitores digitais, o desafio era ainda maior. Eles não difundem conhecimento diretamente, sendo apenas plataformas nas quais as informações são processadas, tais como outras existentes no mercado e não beneficiadas pela imunidade. Mais do que isso, argumentavam os Fiscos, eles ostentam outras funcionalidades além da simples exibição de conteúdos literários, tornando impertinente a aproximação com os livros, quer os físicos, quer os digitais³³⁴. Apesar de tudo isso, o Ministro decidiu que os leitores digitais estão abrangidos pela imunidade, porque “equiparam-se aos tradicionais corpos mecânicos dos livros físicos”, ainda que disponibilizem funcionalidades como “acesso à internet para o download de livros digitais, dicionários, possibilidade de alterar o tipo e o tamanho da fonte, marcadores, espaçamento do texto, iluminação do texto etc³³⁵”.

tribunal. Independentemente de se concordamos ou não com o mérito do entendimento, o voto do Ministro Dias Toffoli alcançou tais objetivos.

³³⁴ Não se pode deixar de anotar que os problemas que foram debatidos nesse tópico consistem em questões práticas sobre textura aberta e, em alguns casos, sobre desacordos teóricos. Observe-se que, no início de *O Conceito de Direito*, Hart havia chamado atenção para problemas de composição, em que o acréscimo ou a retirada de um elemento gera dúvidas sobre a categorização do objeto (HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*, p. 8-9). O caso do barco a vapor com cabine reflete isso, porque o acréscimo de um elemento – o quarto com travas e que inspira segurança – tornou possível categorizar o barco a vapor como um hotel, dentro do contexto debatido. De igual sorte, saber se *e-books* e *audiobooks* integram a categoria de livros, para fins de imunidade tributária, é um típico problema de textura aberta, também de composição, porque todos os objetos promovem educação (elemento comum), mas uns são corpóreos e outros não (elemento presente no livro digital e ausente nos demais objetos). O fato de retirar dos livros a sua materialidade os remove da qualidade de livros? O ministro Dias Toffoli argumentou que não, e decidiu de forma coerente com isso. Ademais, a metodologia adequada para resolver todos esses problemas também já havia sido destacada por Hart, quando enfatizou que, na zona de penumbra, o mais racional a fazer é confrontar o caso não claro com instâncias claras de aplicação da regra (Idem, p. 140). Ora, o que fizeram os tribunais nas múltiplas histórias narradas? É realmente lamentável que Hart, um dos autores mais lidos e referenciados no mundo de língua inglesa, seja tão pouco citado e tão mal compreendido no Brasil. Sem dúvida, a sua obra é uma das contribuições mais notáveis para o direito, e mesmo não tendo um viés prático, ilumina, com frequência, questões que se enfrentam no dia-a-dia. Quanto aos desacordos teóricos, basta perceber que o fato do ministro Dias Toffoli haver empregado a finalidade como critério para aproximar livros digitais, *audiobooks* e leitores digitais é uma opção valorativa que buscou ser coerente com a história institucional da imunidade tributária cultural. Por óbvio, outros atores sociais devem ter leituras diferentes, que proporiassem algum critério que inviabilizasse tratar *e-books*, *e-readers* e *audiobooks* como livros e papéis destinados à sua impressão.

³³⁵ Recurso extraordinário 330817, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 08.03.2017 e publicado em 31.08.2017. A analogia dos leitores digitais com os “corpos mecânicos” dos livros físicos é frágil. Livros físicos inexoravelmente precisam de algum corpo mecânico. No entanto, livros digitais não existem aprisionados em uma mídia ou em um corpo, seja porque podem ser lidos em computadores, *tablets* e em leitores digitais, seja porque possuem uma existência autônoma em relação à plataforma que os exhibe. Desse modo, os leitores digitais não estão para o livro eletrônico como “corpos mecânicos” estão para “livros físicos”. Isso não significa, no entanto, que a desconstituição da qualidade da analogia seja um argumento definitivo para que leitores digitais não sejam imunes. É apenas um sinalizador de que outro caminho deve

Deve-se alertar que analogia e princípios não são modos disjuntivos pelos quais precedentes se estendem a contextos próximos³³⁶. Em grande parte, a relevância que um precedente desempenha em casos próximos combina raciocínio universalizável com analogia. A analogia necessita de uma concepção acerca do que é relevante, ao passo que a aplicação de princípios torna-se menos abstrata quando se serve da concretude que a analogia oferece.

4.3 O PODER DE *DISTINGUISHING*

Desvendar o funcionamento da autoridade vertical dos precedentes exige algo mais do que destacar suas dimensões de autoridade e de racionalidade. Deve-se atentar para as circunstâncias excepcionais que permitem que cortes vinculadas deixem de aplicar precedentes formados por cortes hierarquicamente superiores³³⁷.

Antes de prosseguir, é necessário que o leitor absorva a ideia básica até então defendida: mesmo em um sistema que adote o *stare decisis*, precedentes são normas que balanceiam autoridade e razão. Isso porque, como visto, o processo de criação das normas precedentais é, simultaneamente, um processo de argumentação. Como se verá, a técnica da distinção é apenas outro ângulo da plasticidade dos precedentes³³⁸.

ser trilhado, caso se almeje sustentar tal conclusão. Especula-se que, na base da analogia com o corpo mecânico do livro físico, esteja a ponderação de que tais leitores, mesmo quando oferecem outras funcionalidades, prestam-se exclusivamente a exibir livros digitais (conquanto, na verdade, exibam quaisquer textos que possam ser convertidos em um dos formatos suportados). Mesmo assim, a analogia é frágil, já que um não está para o outro como o corpo mecânico está para o livro físico.

³³⁶ EISENBERG, Melvin Aron. Op. cit., p. 87.

³³⁷ É bom esclarecer que o *distinguishing* não consiste na única técnica pela qual cortes podem deixar de seguir um precedente obrigatório. Costuma-se reconhecer que decisões tomadas *per incuriam* – isto é, tomadas a partir da ignorância de certa legislação ou precedente evidentemente relevante para o caso – e a existência de entendimentos atuais conflitantes da mesma corte, para citar alguns exemplos, são razões para deixar de seguir um precedente (HOLLAND, James; WEBB, Julian. *Learning legal rules: a student's guide to legal method and reasoning*, p. 163-168; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 142-153).

³³⁸ A percepção de que analogia e *distinguishing* são “processos espelhados” foi bem posta por Melvin A. Eisenberg: “No seu núcleo, o raciocínio por analogia é a imagem espelhada do processo de distinção. Ao distinguir, um tribunal normalmente começa com uma regra, anunciada em um caso anterior, que é em termos aplicáveis ao caso em questão, e então determina que há um bom motivo para tratar o caso em questão de forma diferente. A corte, portanto, reformula a regra anunciada (ou, o que é a mesma coisa, formula uma exceção) de uma maneira que exige que os dois casos sejam tratados de forma diferente. Em um raciocínio por analogia, um tribunal normalmente começa com uma regra, anunciada em um caso anterior, que não foi formulada em termos aplicáveis ao caso em questão, e então determina que não há uma boa razão para tratar o caso em questão de forma diferente. A corte, portanto, reformula a regra anunciada (ou, o que é o mesmo, formula uma nova regra) de uma maneira que exige que os dois casos sejam tratados de forma igual” (EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*, p. 87. No original: *At its core, reasoning by analogy is the mirror image of the process of distinguishing. In distinguishing, a court normally begin with a rule, announced in a prior case, that is in terms applicable to the case at hand, and then determines that there is good reason to treat the case at hand differently. The court therefore reformulates the announced rule (or, what is the same thing, formulates an exception) in a way that requires the two cases to be treated differently. In reasoning by analogy, a court normally begins with a rule, announced in a prior*

4.3.1 Duas concepções iniciais de *distinguishing*

O trabalho com precedentes, como já deve estar claro a essa altura, envolve a comparação entre o caso do passado e o caso do presente. Uma vez que precedentes são reputados como fontes de normas jurídicas, é absolutamente comum que juízes e advogados extraíam enunciados linguísticos canônicos que ajudam a replicar aquilo que foi decidido pela corte. Por isso, pode-se afirmar que o recurso extraordinário 669.069 estabeleceu a regra de que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em ilícito civil, como também se pode afirmar que o julgamento do recurso extraordinário 330.817 estabeleceu a regra de que *e-books*, *audiobooks* e leitores digitais gozam de imunidade cultural, nos termos da Constituição.

A possibilidade de transformar a *ratio* em linguagem canônica e a razoável facilidade de identificar casos que evidentemente são controlados por sua autoridade – casos fáceis, no sentido *hartiano* do termo – tornam tentador conceber *apenas* a dimensão de regra do precedente. Por essa razão, o significado mais óbvio e trivial do *distinguishing* é de uma hipótese de não-incidência ou de não-subsunção³³⁹.

Para realizar um paralelo com a aplicação de normas escritas, suponha-se que um estabelecimento comercial venda um livro a um consumidor. Ressalvadas circunstâncias excepcionais – como a isenção –, esse fato preencherá a hipótese de incidência da regra de ICMS, gerando uma obrigação tributária. Não obstante, se um particular vender o mesmo livro para outra pessoa, não incidirá ICMS porque um dos elementos da hipótese – a condição de comerciante – não estará presente. É essa a concepção mais óbvia acerca da natureza do *distinguishing*: um caso de não-incidência decorrente da irrelevância do precedente para o caso concreto³⁴⁰.

Definitivamente, quando os *common lawyers* tratam do *distinguishing*, eles não estão-se referindo apenas ao fenômeno da não-incidência. A propósito, Neil Duxbury observa que os casos de simples não-incidência sequer podem ser seriamente qualificados de *distinguishing*³⁴¹. Joseph Raz vai além, afirmando que a não-incidência seria uma hipótese

case, that is not in terms applicable to the case at hand, and then determines that there is no good reason to treat the case at hand differently. The court therefore reformulates the announced rule (or, what is the same thing, formulates a new rule) in a way that requires the two cases to be treated alike”).

³³⁹ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação, p. 119.

³⁴⁰ DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent, p. 114.

³⁴¹ “Na maioria das vezes, a atividade de distinguir deixa a autoridade do precedente imaculada, já que a corte está declarando que a decisão anterior não é ruim, mas, apesar de consistir em bom direito, é inaplicável ao

inocente (*tame view*) de *distinguishing*³⁴². Portanto, o *distinguishing* que os *common lawyers* têm em mente e que desafiam as teorias da autoridade enseja a modificação *pontual* e *casuística* da norma do precedente por uma corte que está obrigada a obedecê-la³⁴³. Postas as

caso. Sequer é claro se é correto falar em distinguir um precedente nessas hipóteses, já que a corte considera a decisão anterior irrelevante para o caso atual e, portanto, para seus próprios, não conta realmente como precedente. A forma mais interessante e sutil de distinguir casos encontra-se quando uma corte se afasta do precedente por desenvolver uma norma particular diante de maior extensão de fatos materiais. (...) Quando concebemos o *distinguishing* nesse último sentido, percebemos que ele fornece aos juízes o poder de extrair direito novo a partir do direito existente. É difícil imaginar, no entanto, que juízes normalmente estarão buscando desenvolver o *common law* quando distinguem precedentes. Juízes tendem a fazê-lo não porque tenham um objetivo secreto de criar direito, mas porque seguir aquele precedente não produzirá o resultado que reputam correto. *Distinguishing* é, de todo modo, um poder limitado de criação do direito (não obstante, muitos casos de *distinguishing* modificam o direito consideravelmente). Quando uma corte distingue entre casos não está repelindo a *ratio* de um precedente, mas emendando-a para que o caso atual fuja do seu alcance” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, p. 114-115. No original: “*In the most routine instances, the activity of distinguishing leaves the authority of precedent undisturbed, for a court is declaring an earlier decision not to be bad law, but to be good but inapplicable law. It is not even clear that it is right to talk about distinguishing a precedent in such instances, for a court considers the earlier decision irrelevant to the case at hand, and therefore, for its present purposes, not really a precedent at all. The more interesting and subtle form of distinguishing between cases is to be found where a court departs from a precedent by making a particular ruling depend on the presence of a more extensive range of material facts. (...) When we conceive of distinguishing in this last sense, we see that it provides judges with the power to make new law out of existing law. It is difficult to imagine, none the less, that judges will normally be seeking to develop the common law when they distinguish precedents. Judges tend to distinguish cases not because they have a law-making agenda but because following the precedent will not produce what they consider to be the right outcome. Distinguishing is, in any event, necessarily a limited law-making power (notwithstanding that many instances of distinguishing alter the law considerably). When a court distinguishes between cases it is not repealing the ratio of a precedent but amending it so that the later case falls outside its scope*”).

³⁴² “Existe o que chamarei de “a concepção inocente” [*the tame view*] do *distinguishing*, de acordo com a qual distinguir um precedente vinculante é simplesmente determinar que sua *ratio* não se aplica ao caso atual. A regra estabelecida no precedente é que uma determinada decisão deve ser aplicada se os fatos operativos A, B, C se verificam, mas o caso atual é um caso de a2, b2, não-c2, e, portanto, o precedente não se aplica. Nessa interpretação não existe nenhuma regra especial do *distinguishing* no *common law*. (...) A doutrina inglesa do precedente é que um precedente deve ou ser seguido ou ser distinguido (apesar de algumas cortes também terem o poder de superar suas próprias decisões e de outras cortes). Isso atribui à obediência ao precedente considerável flexibilidade, porque permite que cortes, mesmo aquelas vinculadas pelo precedente, distingam uma decisão anterior em vez de segui-la. Uma vez que ‘*distinguishing*’ enseja a mudança da regra que está sendo distinguida, o poder de distinguir é um poder de desenvolver o direito, ainda quando o caso atual esteja regulado e até por cortes que não possuem poder de revogação” (RAZ, Joseph. *The authority of law*, p. 185. No original: “*There is what I shall call ‘the tame view’ of distinguishing according to which to distinguish a binding precedent is simply to determine that its ratio does not apply to the instant case. The rule laid down in the precedent is that a certain decision is to be rendered if operative facts A, B, C obtain, but the instant case is a case of a 2, b 2, not-c 2, and therefore the precedent does not apply. On this interpretation there is no special rule of distinguishing in the common law. (...) The English doctrine of precedent is that a precedent must be either followed or distinguished (though some courts also have power to overrule their own or other courts’ decisions). It combines following precedent with considerable flexibility because it allows the courts, even those bound by precedent, to distinguish a previous decision rather than follow it. Since ‘distinguishing’ means changing the rule which is being distinguished, the power to distinguish is a power to develop the law even when deciding regulated cases and even by courts which have no power to overrule*”).

³⁴³ RAZ, Joseph. Op. cit., p. 185-189. James Holland e Julian Webb também fazem a distinção entre a mera não-incidência (ou *non-restrictive distinguishing*) e o *restrictive distinguishing* (HOLLAND, James; WEBB, Julian. *Learning legal rules: a student’s guide to legal method and reasoning*, p. 80-81). Patrícia Perrone Campos Mello elenca sete formas pelas quais o *distinguishing* pode ocorrer (Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo, p. 202-205), mas se entende que todas elas podem ser reconduzidas a essas duas formas básicas: o *distinguishing* como não-incidência e o *distinguishing*

coisas desta maneira, o *distinguishing* é um paradoxo, pois é difícil compreender como se pode respeitar algo que está sendo modificado.

4.3.2 O *distinguishing* restritivo

Uma vez que a primeira concepção de *distinguishing* – isto é, como mera não-incidência – não apresenta maiores desafios, concentrar-se-á em estabelecer limites formais e argumentativos à segunda concepção, qual seja, a de *distinguishing* restritivo. Com isso, buscar-se-á desfazer o paradoxo apresentado.

4.3.2.1 A comparação entre casos

A argumentação e a justificação por precedentes dependem, inerentemente, de uma comparação entre o caso de agora (*instant case*) e o caso do passado (*precedent case*), a fim de verificar se a decisão pretérita pode ou não funcionar como um precedente para a decisão a ser tomada. Por isso, sistemas de precedentes obrigatórios costumam ser fundamentados na necessidade de tratar casos iguais de forma igual (*treating like case alike*), respeitando-se, assim, o chamado princípio da justiça formal³⁴⁴.

A questão paradoxal é a impossibilidade de um caso atual repetir as circunstâncias fáticas de um caso pretérito. Quando se fala em “igualdade” no âmbito do sistema de precedentes, não se supõe exatamente a *mesma* questão, e sim questões *não idênticas* que reclamam as mesmas razões de decidir. Como bem observado por Chaim Perelman, se “a” e “b” são idênticos, é porque “a” e “b” são apenas nomes distintos para um mesmo objeto. Mas se “a” e “b” são objetos distintos, é possível que eles mereçam o mesmo tratamento porque, em seus aspectos juridicamente relevantes, “a” e “b” podem ser reputados idênticos³⁴⁵.

Aqui o problema do *distinguishing* – que é fundamentalmente o mesmo da

restritivo.

³⁴⁴ MacCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito, p. 93 e seguintes.

³⁴⁵ “A regra de justiça, que exige o tratamento igual de seres iguais, parece dificilmente discutível, mas seu campo de aplicação é extremamente reduzido, se não inteiramente nulo. Com efeito, desde Leibniz e seu princípio dos indiscerníveis, e sobretudo desde Frege e sua distinção entre sentido e designação de um nome, os lógicos estão cada vez mais inclinados a negar a existência de seres de quem todas as propriedades seriam as mesmas. A afirmação de que *a* é igual a *b*, concebida como a identidade completa deles, significaria simplesmente que os nomes ‘a’ e ‘b’ designam um único e mesmo objeto, ainda que o sentido deles, ou seja a maneira pela qual esse objeto é designado, difira em ambos os casos. Se queremos que a regra de justiça possa guiar-nos efetivamente, cumpre, portanto, formulá-la de maneira que ela nos indique, não como tratar seres que não diferem um do outro por nenhuma propriedade, mas como tratar seres que não são idênticos, ou seja, iguais em todos os pontos de vista. Este é o único problema real concernente à regra de justiça” (PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. Martins Fontes: São Paulo, 1996, p. 86).

analogia – começa a tomar forma: há certa indeterminação natural na aplicação de precedentes, seja porque se pode alegar que a *ratio* descrita pela própria corte não reflete a melhor interpretação do precedente, seja porque não existe uma paleta objetiva de comparação³⁴⁶. Quando um caso tiver um contexto fático *muitíssimo* similar com o do precedente, é provável que haja poucas dúvidas da pertinência de sua aplicação, de modo que eventual expressão canônica da sua *ratio decidendi* resolverá bem a questão. O problema é que a parte interessada em não aplicar o precedente buscará diferenças entre os casos, tentando convencer o julgador que elas são relevantes o suficiente para criar uma exceção à *ratio decidendi*.

Gerald J. Postema, com extrema perspicácia, aduz que o processo de distinguir pressupõe casos muito similares em seus aspectos relevantes, isto é, casos no limiar entre a identidade e a diferença. Se dois casos são muito diferentes entre si, não se aplica o processo de *distinguishing*, porque não há desafio intelectual algum. Casos precisam ser distinguidos justamente porque, à primeira vista, apresentam-se como iguais nos aspectos relevantes³⁴⁷. Desse modo, o *distinguishing*, por iluminar diferenças que estavam encobertas pelo juízo inicial, constitui uma das formas mais importantes de desenvolvimento do direito.

Um exemplo interessante pode ser extraído dos julgados que conduziram ao enunciado da súmula vinculante n. 13, aprovada na Sessão Plenária de 28 de agosto de 2008. No sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foram indexadas cinco decisões relacionadas com o enunciado. Desse universo, apenas duas decorreram do exercício do controle incidental de constitucionalidade: a) o mandado de segurança 23.780; b) o recurso extraordinário n. 579.951-7, que é *posterior* à edição do enunciado.

O MS 23.780 foi impetrado por uma servidora pública da Secretaria de Educação de um Estado-membro que, desde 1989, foi posta à disposição do 16º Tribunal Regional do Trabalho para ocupar cargos comissionados. Ocorre que o Tribunal de Contas da União considerou ilegal o vínculo comissionado por violar a decisão n. 118/1994-TCU, que proíbe a contratação de cônjuges ou parentes consanguíneos ou afins, até terceiro grau, de juízes em

³⁴⁶ Com a perspicácia que lhe é habitual, H.L.A Hart já havia assinalado que precedentes também possuem textura aberta. O jurista inglês apresenta três formas de indeterminação, tendo por pano de fundo a doutrina do *stare decisis*: (a) em primeiro lugar, não há método único para determinar a *ratio decidendi*; (b) em segundo lugar, não há formulação única correta a se extrair dos casos, de modo que cada precedente pode dar origem a regras diferentes; (c) em terceiro lugar, a própria possibilidade de realizar *distinguishing* representa um poder, exercitável pela corte a quem se requer a aplicação de um precedente, de ampliar ou de restringir o âmbito da *ratio decidendi* (HART, H.L.A. O Conceito de Direito, p. 147-148).

³⁴⁷ POSTEMA, Gerald J. Philosophy of the Common Law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.604-605.

atividade ou aposentados há menos de cinco anos. Perceba-se que havia um contexto normativo específico para esse caso, mas, ainda assim, o Supremo Tribunal Federal formulou uma tese jurídica muito mais ampla do que a observação dos fatos materiais poderia ensejar.

No recurso extraordinário n. 579.951-4, o Supremo reformou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que entendeu não haver inconstitucionalidade na nomeação de dois cidadãos – o primeiro, irmão de um vereador, o outro, irmão do vice-prefeito – para os cargos comissionados de Secretário Municipal e de motorista de determinado município. Em seu voto, o relator discorreu sobre a desnecessidade de lei formal para vedar o nepotismo, sobre a aplicação direta do princípio da moralidade administrativa, bem como sobre a eficácia das normas constitucionais.

Após os debates, houve ligeiro ajustamento do voto, a fim de distinguir cargos de natureza eminentemente técnica de cargos de natureza política, como o de Secretário municipal. Veja-se que o Supremo se valeu de um *fato adicional relevante* que modificou o direito observado no mandado de segurança n. 23.780. Pode-se até duvidar se tal distinção foi boa ou ruim, coerente ou incoerente. Mas o fato é que o STF redimensionou o alcance que seu precedente anterior parecia ter, à luz de uma circunstância que não havia sido ponderada anteriormente.

A percepção de que o *distinguishing* consiste em um modo de indeterminação do precedente é fundamental³⁴⁸. Assim como o STF apresentou uma razão adicional para modificar a regra do seu precedente, seria perfeitamente plausível que ele fizesse o justo oposto, isto é, que ele descaracterizasse a relevância da natureza do cargo político para fins de nepotismo.

Ademais, o exemplo também é importante para mostrar que Grant Lamond está com a razão ao pontuar que não só realizar *distinguishing*, mas também seguir precedentes modifica o direito. Ora, se o STF houvesse rejeitado a alegação de *distinguishing*, a natureza política do cargo seria incluída no rol de circunstâncias incapazes de derrotar a conclusão do precedente. Ou seja, seguir o precedente diminui o âmbito de sua indeterminação, porque questões que não foram expressamente enfrentadas pela corte do passado têm de ser resolvidas pela corte atual³⁴⁹. Essa forma de visualizar a autoridade dos precedentes é

³⁴⁸ Como ressaltado em uma nota de rodapé anterior, H.L.A Hart já havia anotado que o *distinguishing* consiste em uma forma de indeterminação do precedente (O Conceito de Direito, p. 147-148). As observações de Raz (The authority of law, p. 185-189), também já apreciadas, indicam o mesmo.

³⁴⁹ Defendendo que seguir precedentes também desenvolve o direito, afirma Grant Lamond: “É importante perceber a simetria entre seguir e distinguir: toda vez que um precedente é seguido, a doutrina jurídica de que faz parte é alterada. Na concepção convencional, seguir um precedente simplesmente mostra que a corte não exerceu seu poder de emendar a regra, de modo que a regra foi simplesmente “aplicada” sem modificação.

normativamente interessante, porque é obsequiosa ao dever de justificação das cortes (art. 93, inciso IX, da Constituição e artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil), bem como ao princípio do contraditório em sua dimensão de influência (artigo 5º, inciso LV, da Constituição e artigos 7º e 10 do Código de Processo Civil)³⁵⁰.

4.3.2.2 Limites formais ao poder de distinguir

Uma das grandes dificuldades teóricas entre *common lawyers* é estabelecer limites ao poder de *distinguishing*. Joseph Raz, como já vimos, subscreve a tese de que o *distinguishing* implica uma modificação pontual da regra do precedente para ajustá-la às necessidades do caso concreto. Diante disso, a indagação – de grande pertinência – que se impõe é a seguinte: qual a sua diferença para o *overruling*?

Segundo Raz, o *distinguishing* consiste em uma forma muito regulada de produzir direito, porque sujeita a duas condições cruciais: (i) a regra modificada deve ser basicamente a mesma do precedente, mas com o acréscimo de uma nova condição no predicado factual (na hipótese de aplicação); (ii) a regra modificada deve ser capaz de justificar o resultado alcançado no precedente.

Quanto à primeira condição, Raz explica que a regra modificada deve conter todas as condições da regra antiga, além do acréscimo de uma restrição. Se, por exemplo, a regra do precedente era “a + b, então x”, o *distinguishing* permite a modificação da regra para “a + b + c, então x”. Assim, os predicados factuais antigos tornam-se parte da nova regra.

A segunda condição limita as opções da corte atual em selecionar os predicados factuais da nova regra, isto é, da regra resultante do processo de *distinguishing*. Imaginemos que, mediante um precedente, tenha-se criado a seguinte regra: “ocorrendo a morte, o patrimônio do falecido transmite-se aos seus filhos”. Tal regra pode ser descrita da seguinte maneira: se *a* (morte) + *b* (condição de filho), então *x* (transmissão da propriedade aos filhos).

Suponhamos que, em um caso posterior, o filho tenha assassinado o próprio pai. A

Mas isso olvida a outra dimensão crucial do precedente – o papel a respeito dos fatos do caso. Sempre que um precedente é seguido, fatos adicionais são acrescentados à lista daqueles reputados insuficientes para derrotar a razão fornecida pela *ratio*” (LAMOND, Grant. *Do precedents create rules?*, p. 17. No original: “*It is important to see the symmetry of following and distinguishing: every time a precedent is followed, the legal doctrine of which it is a part is altered. On the conventional view, following a precedent simply shows that the court did not exercise its power to amend the rule, and so the rule was simply “applied” without modification. But this overlooks the other crucial dimension of precedents—the role of the facts in a case. Every time a precedent is followed, further facts are added to the list of those regarded as insufficient to defeat the reason provided by the ratio*”).

³⁵⁰ Sobre precedentes não vincular para além do debatido entre as partes, conferir, especialmente, CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*, p. 158-161.

corte atual pode realizar o *distinguishing*? Depende. Se quando formada a regra $a + b$, então x o filho também havia assassinado o próprio pai, a despeito de tal fato não ter alterado a conclusão, a condição c (o fato de o filho haver assassinado o pai) não pode ser incluída para modificar a regra anterior. A inclusão dessa condição modificaria a racionalidade fundamental da primeira decisão, isto é, assumiria a decisão anterior como incorreta.

Se, por outro lado, esse fato (homicídio provocado pelo herdeiro) não compuser os registros dos autos, então a corte atual dispõe da discricionariedade de modificar a regra anterior ou de declarar que essa circunstância é irrelevante para alcançar um resultado distinto. É nesse sentido que Raz aduz que o *distinguishing*, para ser legitimamente exercido, deve provocar um melhoramento da própria regra anterior, como se continuasse o mesmo raciocínio fundamental, mas em um novo contexto decisório³⁵¹.

4.3.2.3 Limites argumentativos ao poder de *distinguishing*

4.3.2.3.1 A relação entre *ratio* e *dictum*

Viu-se, ainda no capítulo 1, que a *ratio decidendi* consiste nas razões necessárias e suficientes que suportam o julgamento de uma questão³⁵². Quando se toma o precedente em sua dimensão de regra, costuma-se concentrar toda a importância na *ratio*, caracterizando as *dicta* como meras afirmações de passagem, desprezíveis para definir o alcance do precedente. Isso é muito equivocado³⁵³.

Um dos mais importantes limites ao poder de *distinguishing* consiste na análise integral do precedente, não simplesmente tomando-o como uma regra destacada dos argumentos. Como dito antes, a regra do precedente é apenas uma de suas dimensões. Caso se queira compreender como precedentes realmente funcionam, é necessário visualizá-los como razões dotadas de plasticidade, as quais podem ser estendidas, restringidas e adaptadas a novos contextos. As *dicta* esclarecem as preocupações e as valorações que conduziram a Corte a formar um precedente em um ou em outro sentido. Por isso, quando juízes subsequentes estiverem na situação de aplicar ou de distinguir, eles não irão considerar apenas a dimensão de regra.

³⁵¹ RAZ, Joseph. The authority of law, p. 188.

³⁵² MacCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito, p. 203.

³⁵³ Sobre textos que tentam expor as *dicta* de forma mais complexa, consultem-se "Dicta Redefined", de Marc McAllister, "Defining Dicta" e de Michael B. Abramowicz. Ademais, o clássico "Precedent in English Law", de Rupert Cross e J.W Harris, apresenta muitas ponderações valiosas sobre o tema. Em língua portuguesa, consulte-se "Precedentes obrigatórios", de Luiz Guilherme Marinoni.

O recurso extraordinário 693.456/RJ oferece um excelente horizonte de análise. Na origem, tratava-se de um mandado de segurança em que os impetrantes, servidores públicos estatutários, insurgiram-se contra ato da administração pública, que suspendeu suas remunerações durante o exercício de greve. O juízo de primeira instância desacolheu o pleito dos impetrantes, sob o argumento de que, na ausência de lei regulamentadora, não há como servidores públicos exercerem direito de greve. O Tribunal de Justiça, por sua vez, reformou a decisão, determinando que a administração pública restabelecesse o pagamento e restituísse os atrasados. Contra essa decisão, foi interposto o recurso extraordinário³⁵⁴.

A questão debatida era a seguinte: se a administração pública poderia legitimamente descontar os dias paralisados em razão do exercício de greve. O STF decidiu que os servidores podem exercer o direito de greve, mas que esse direito implica a suspensão do contrato de trabalho – ou a suspensão dos efeitos financeiros do vínculo estatutário –, de modo que a administração pública *deve* descontar a remuneração, dada a ausência de contraprestação.

Note-se que o fundamento de que a greve suspende os efeitos financeiros do vínculo estatutário, por si só, é suficiente para a conclusão de que os descontos foram legítimos. Qualquer consideração adicional é *obiter dictum*, se assumirmos como *rationes* apenas as proposições necessárias e suficientes. No entanto, a tese jurídica aprovada foi muito mais ampla, gerando direito à manutenção dos vencimentos quando a própria administração cometer um ilícito, dando causa à greve³⁵⁵.

Examinando a decisão, percebe-se que, em momento algum, foi debatida a questão de se a administração havia cometido um ilícito, menos ainda quais seriam as consequências de eventual ilegalidade para os fins de manter as remunerações dos grevistas. Essa parte da decisão constitui, inequivocamente, *obiter dictum*. O STF não chegou a essa conclusão rigorosamente a partir dos fatos examinados e das alegações das partes, mas já sinalizou que essa é uma exceção ao dever de desconto que a Corte reputaria justa.

Não obstante, para além do fato de que esse *dictum* tenha sido incorporado à

³⁵⁴ Frise-se que os fatos da causa recuam ao ano de 2006, quando o Supremo Tribunal Federal ainda não havia julgado os Mandados de Injunção 670, 708 e 712, pelos quais se formou a tese de que a lei aplicável aos trabalhadores comuns deve aplicar-se, no que couber, aos servidores públicos. Portanto, o juiz de primeira instância não pode ser acusado de haver descumprido o precedente do Supremo Tribunal Federal.

³⁵⁵ A tese aprovada foi a seguinte: “A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público” (Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 693456, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 27.10.2016, DJe-238 de 18.10.2017).

formulação canônica da regra pelo próprio STF, é provável que ele se torne *ratio decidendi* em breve, porque, nos próximos casos de greve, os servidores alegarão que houve ilícito pela administração, ao passo que os entes públicos sustentarão que não praticaram ilícito algum. Note-se que o *dictum*, mesmo não sendo *ratio*, agendou o debate entre as partes, modificou o grau de importância do fato “ilicitude” dentro do balanço de razões de futuros julgadores³⁵⁶.

É claro que, por ser *dictum*, julgadores futuros sempre podem negar-se a determinar a continuidade do pagamento aos servidores públicos em greve, sob o argumento de que não estão obrigados a fazer isso, já que a questão não foi enfrentada pelo STF, sendo um fato hipotético dentro do precedente. Não obstante, como se trata de uma ressalva bastante razoável, é provável que vários julgadores – a grande maioria – comporte-se de outra maneira, assumindo aquele aspecto como relevante, ainda que não seja *ratio* no caso original.

Essa dinâmica entre o que vincula e o que persuade no precedente é fundamental. Um precedente obrigatório pouco persuasivo tenderá a ser constantemente distinguido, já que julgadores evitarão segui-lo para além do estritamente necessário. Quando isso acontece, “o precedente perde naturalmente a sua autoridade e credibilidade³⁵⁷”.

Por outro lado, um precedente bem justificado, com razões e raciocínios elaborados com clareza e solidez, será obrigatório em contextos fáticos bastante similares aos do caso original, mas arregimentará futuros julgadores em casos fáticos próximos, ampliando a sua força e formando verdadeiras doutrinas judiciais sobre determinado assunto ou ramo do direito³⁵⁸.

³⁵⁶ Essa capacidade de os precedentes modificarem o peso de certas alegações, tornando fatos que julgadores considerariam menos importantes como cruciais e, da mesma maneira, fatos que alguns reputariam cruciais em menos importantes, nem sempre é percebida, porque é difícil demonstrar sem recorrer a casos concretos. Em sede doutrinária, Aleksander Peczenik argumentou que precedentes não só excluem razões, mas, acima de tudo, redimensionam o peso daquelas que não foram excluídas: “Precedentes podem ser considerados como razões *prima facie* para excluir muitas outras razões da argumentação jurídica. Esse ponto pode ser difícil de capturar, porque o uso de precedentes não apenas exclui algumas razões do processo de sopesamento e balanceamento, mas também adiciona algumas novas razões a ele, ou ao menos modifica o peso de algumas razões envolvidas. Na aplicação de um precedente, sopesar e balancear implica um esforço para alcançar um ‘equilíbrio reflexivo’ entre a norma do precedente tomada como ponto de partida para a argumentação e outras razões admissíveis sustentando a decisão de alguém. Esse equilíbrio reflexivo é um tipo de coerência. Mas não existe um algoritmo, um conjunto finito e invariável de regras que decidam o que é mais ou menos coerente” (PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Interpreting precedents, 1997, p. 470. No original: *Precedents can be regarded as prima facie reasons for excluding many other reasons from legal argumentation. This point may be difficult to grasp, because the use of precedents not only excludes some reasons from the process of weighing and balancing, but also adds some new reasons to it, or at least shifts the weight of the reasons involved. In the application of a precedent, weighing and balancing implies an effort to achieve a 'reflective equilibrium' between the precedent norm taken as the starting point for argumentation and the other admissible reasons bearing on one's decision. This reflective equilibrium is a kind of coherence. But there is no algorithm, no finite and unambiguous set of rules deciding what is more and what is less coherent*).

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, p. 233.

³⁵⁸ Essa percepção do caráter “acumulativo” – na falta de uma expressão mais precisa – dos precedentes foi

4.3.2.3.2 A argumentação *a fortiori*

Outro interessante limite argumentativo ao poder de *distinguishing* reside em demonstrar que o caso atual contenha um contexto *menos forte* do que o contexto do caso do precedente em direção a determinado resultado.

Para isso, é necessário compreender precedentes como *caracterizações articuladas*, isto é, compreendê-los como a articulação entre um contexto fático, de um lado, e uma categorização (ou generalização), do outro. Empregando uma situação imaginada por Frederick Schauer, suponha-se que uma faculdade autorize um estudante a ausentar das aulas para comparecer ao funeral de sua irmã. O ato foi justificado no sentido de que o estudante pudesse comparecer ao funeral de um membro próximo da família. Certamente, se amanhã um estudante solicitar ausentar-se das aulas para comparecer ao falecimento de um pai, de uma mãe ou de um irmão, a faculdade estará obrigada a aquiescer, se tratar o precedente como vinculante³⁵⁹. No entanto – e aqui continuo sem o apoio explícito de Schauer –, falecendo um primo, o precedente começa a exibir uma zona de indeterminação, que demandará certa opção valorativa para estender ou para restringir a categoria “parente próximo”.

Essa forma de tratar de precedentes abre um horizonte interessante para a técnica do *distinguishing*: cortes verticalmente vinculadas poderão empregar a técnica da distinção se atenderem aos limites formais, atentarem para a relação entre *ratio* e *dictum* e, ainda assim, demonstrarem que o caso que têm diante delas é *menos forte* em direção ao resultado do precedente do que o caso do contexto original. Isso enseja, obviamente, a comparação direta entre os casos, mas também a seleção de algum critério para graduar essa força. No exemplo

muito bem percebido por William Soares Pugliese (A *ratio* da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 310 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016, p. 69), quando reconstruiu a longa e acidentada evolução da doutrina da responsabilidade civil no *common law*. Em seguida, pontuou com propriedade: "Observe-se que a análise acima passou por cinco casos, julgados ao longo de um século. A este respeito, duas são as observações que merecem ser feitas: a primeira, de que um precedente pode não se formar com apenas uma decisão; e a segunda é que ao mesmo tempo que os precedentes vinculam, deve-se dar espaço às Cortes para que examinem os fatos de casos diferentes, o que oportuniza o aprimoramento da interpretação das normas jurídicas. Estas noções devem acompanhar o desenvolvimento da análise deste trabalho. Tenha-se certo, portanto, que a noção de precedente utilizada não é, por si só, restritiva ao desenvolvimento do Direito" (Ibidem, p. 69).

³⁵⁹ SCHAUER, Frederick. Precedente, p. 59. Até aqui, concorda-se com Schauer. O problema começa quando ele propõe remover a “obscura cortina de fumaça que envolve a caracterização articulada”, substituindo-a simplesmente pela caracterização pura e simples (Idem, p. 60). Assim, o precedente deixa de dizer respeito à autorização para comparecer ao funeral de uma irmã, e passa a dizer respeito à autorização para comparecer ao funeral de um parente próximo. A diferença pode parecer sutil, mas, em casos subsequentes, cortes vão calibrar o que é parente próximo a partir da relação entre irmãos, e não a partir de um conceito abstrato de parente próximo.

fornecido por Schauer, foi a própria justificação – o falecimento de um parente próximo – que forneceu as bases da comparação: o falecimento de um primo é menos forte do que o falecimento de uma irmã.

Larry Alexander e Emily Sherwin – que não endossam o *reason model* pautado em argumentos *a fortiori*, mas reconhecem que ele consegue vincular em alguns casos – traz outro exemplo interessante. Suponha que Heidi esteja aventando ajuizar uma demanda contra seu vizinho Felix, que estabeleceu um zoológico particular, composto por um urso, por um leão e por uma serpente. Ela descobre que, em um caso precedente, uma corte ordenou que Edward removesse seu ursinho domesticado de estimação [*pet bear*], com base em direito de vizinhança. Então, o resultado do caso anterior – que possuía um contexto fático menos forte – determina o resultado favorável da pretensão de Heidi contra Felix³⁶⁰.

No caso *Adams v. New Jersey Steamboat Company*, já examinado, a empresa do barco a vapor buscou realizar um *distinguishing* em relação aos estabelecimentos hoteleiros, argumentando que os camarotes privativos da embarcação forneciam um exemplo *menos forte* em direção à responsabilidade objetiva e, ao mesmo tempo, *mais forte* em direção à responsabilidade por negligência, por assemelhar-se mais a leitos de trens. Por outro lado, o camarote em um barco a vapor oferecia um contexto mais forte, em direção à responsabilidade objetiva, do que as acomodações dos vagões de trens da época.

Retorne-se, por exemplo, ao recurso extraordinário 579.951-4. O Ministro Relator havia, em um primeiro momento, acolhido o recurso para declarar a ilicitude do provimento dos dois cargos em comissão debatidos na causa – o de motorista³⁶¹ e o de secretário municipal de saúde – por razões de nepotismo. Ocorre que o Relator reajustou seu voto, após debate com seus pares, acolhendo a tese de que seria necessário distinguir cargos de natureza eminentemente técnica de cargos políticos (a exemplo do ofício de secretário municipal).

Não obstante, para se trabalhar adequadamente com a técnica de vinculação por precedentes, a Corte teria de demonstrar que cargos políticos representam um contexto menos forte, em direção às justificações da ilicitude da prática do nepotismo, do que cargos de natureza eminentemente administrativa. Lendo com bastante atenção o acórdão, percebe-se que o fator que tornou os cargos políticos um caso *menos forte*, em direção ao nepotismo, do que os cargos administrativos foi o princípio da separação de poderes. Para que a técnica houvesse sido aplicada com perfeição, deveria a Corte ter ressaltado com mais ênfase essa

³⁶⁰ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*, p. 76.

³⁶¹ Durante os debates, destacou-se que o cargo de motorista sequer poderia ter provimento em comissão, por não se cuidar de função de chefia, direção ou assessoramento.

circunstância.

Tem-se de reconhecer, no entanto, que o limite argumentativo de casos menos fortes pode, em determinadas circunstâncias, revelar-se bastante indeterminado. Como frisam Larry Alexander e Emily Sherwin, o argumento *a fortiori* padece da deficiência de não existir uma métrica universal para ponderar casos. Logo, a depender do modo como se construa a argumentação, pode ser que o caso subsequente seja mais ou menos forte do que o caso do precedente³⁶². A questão, desse modo, não consiste tanto em *provar* que um caso seja menos forte do que outro. A exigência é que cortes engajem-se explicitamente nessa argumentação.

4.3.3 *Distinguishing* como reinterpretação da *ratio*

Uma forma sutil de *distinguishing* é reinterpretar o alcance da *ratio decidendi*. Ao fim e ao cabo, a reinterpretação conduz à modalidade de não-incidência. No entanto, há uma indeterminação referente ao próprio sentido da *ratio*, de modo que qualquer raciocínio de subsunção dependerá da resolução de um problema prévio relativo ao significado de uma generalização incorporada à hipótese da regra.

Não há dúvidas de que, no âmbito da autoridade horizontal, cortes realizem distinções que reconstroem a *ratio*, às vezes até deliberadamente inconsistentes para evitar a superação do precedente³⁶³. Todavia, a questão torna-se verdadeiramente complexa quando indagada no âmbito da autoridade vertical do precedente. Ora, se cortes vinculadas puderem livremente reconstruir os significados das generalizações empregadas pelas cortes, então o precedente não gozará de autoridade alguma. Deve-se, portanto, proceder com cautela em relação a esse assunto.

Em primeiro lugar, deve-se manter o mandamento básico do *stare decisis*, segundo o qual cortes subsequentes estão obrigadas a reputarem corretas as decisões anteriores a respeito dos seus fatos³⁶⁴.

Em segundo lugar, é necessário reafirmar que o trabalho com precedentes exige sempre uma repartição dos esforços entre a corte que forma o entendimento e a corte que o

³⁶² ALEXANDER, Larry. Op. cit., p. 77-83.

³⁶³ O problema da elaboração de distinções inconsistentes (*the drawing of inconsistent distinctions*) não será enfrentado aqui. Isso porque o foco é determinar as técnicas passíveis de serem utilizadas para não aplicar precedentes verticais. As distinções inconsistentes, ao menos do modo como as compreendo, consistem em uma alternativa ao *overruling* e ao *overriding*. Portanto, cortes que não dispõem de poderes para superar o precedente não podem valer-se de distinções inconsistentes, ao meu ver. Sobre o tema, consultem-se “Precedentes obrigatórios”, de Luiz Guilherme Marinoni, e “The nature of the common law”, de Melvin Aron Eisenberg.

³⁶⁴ LAMOND, Grant. Do precedents create rules?, p. 16

aplica³⁶⁵. Nessa linha, podem-se identificar dois extremos, o formalismo e o antiformalismo. Na ponta formalista, situar-se-ão as teorias que alocam grande poder no passado – ou seja, na corte que forma o precedente –, deixando, por consequência, nenhum ou quase nenhum poder à corte que aplica o entendimento. De outra banda, na ponta antiformalista, situar-se-ão as teorias que alocam pouco ou nenhum poder no passado, permitindo que cortes atuais reconstruam o precedente da forma que elas desejarem³⁶⁶.

A inclinação do modelo aqui defendido é formalista quanto à autoridade vertical dos precedentes. No entanto, não chega ao ponto de entrincheirar as generalizações, tal como Schauer concebe. Desse modo, a resposta à questão inevitavelmente assume contornos cinzentos, não se podendo estabelecer uma versão inflexível sobre o tema.

Uma situação definitivamente possível é que a dimensão de regra do precedente seja reinterpretada à luz das próprias justificações subjacentes. No recurso extraordinário 669.069, em que o STF declarou serem prescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário com base em ilícito civil, a *ratio*, assim apresentada, possui uma generalização sobre-inclusiva³⁶⁷. Isso porque a categoria “ilícito civil” é extremamente ampla, abarcando até mesmo a improbidade administrativa³⁶⁸. Ocorre que somente alguém que não leu as razões de decidir e concentrou-se diretamente na expressão canônica do precedente cometerá o equívoco de imaginar que, por ilícito civil, o STF tenha pretendido abarcar os atos de improbidade administrativa. Portanto, esse é um caso bastante inocente em que a generalização pode ser reconstruída sem debilitar a autoridade do precedente – muito pelo contrário, sendo obsequioso a ela³⁶⁹.

Não obstante, as coisas podem não ser tão simples. Uma vez que precedentes gozam de plasticidade, sendo empregados para contextos fáticos próximos aos do original, o uso de generalizações imprecisas pode gerar enormes confusões. Um caso particularmente interessante diz respeito à incidência de imposto de renda sobre o abono de férias gozadas.

³⁶⁵ SILTALA, Raimo. A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law, p. 65.

³⁶⁶ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução Conrado Mendes Hubner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 194. Nessa segunda ponta reside o desafio que os realistas jurídicos lançam à doutrina do *stare decisis*.

³⁶⁷ Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. 669069, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 03.02.2016, Publicado no DJe 082, de 28.04.2016.

³⁶⁸ O STF já decidiu várias vezes que o ato de improbidade não constitui infração penal e, neste sentido, é um ilícito de natureza civil (por todas, vide ADI 2797, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15.09.2005, DJ 19.12.2006). É óbvio que a categoria “ilícito civil”, tal como empregada no RE 669.069, não equivale a “ilícito civil” como simplesmente não-criminal.

³⁶⁹ No contexto da distinção entre *texto e norma*, isso significaria dizer que a expressão canônica do precedente é apenas o ponto de partida para sua interpretação. Sobre essa linha, consulte-se o excelente artigo “Contributo para a definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais”, de Lucas Buril de Macêdo.

Para entender a discussão, é necessário conhecer três entendimentos tradicionais do STJ: (i) verbas indenizatórias não são tributadas por imposto de renda; (ii) férias gozadas – e o respectivo adicional de terço de férias – têm natureza remuneratória, sendo tributadas por imposto de renda; (iii) férias não gozadas – e o respectivo adicional – têm natureza indenizatória, não sendo tributadas por imposto de renda.

A despeito dessas premissas até então sólidas, o julgamento do recurso extraordinário 345.458/RS pela 2ª Turma do STF desencadeou uma sucessão de más compreensões. O caso dizia respeito à possibilidade ou não de reduzir as férias dos procuradores autárquicos federais de 60 (sessenta) para 30 (trinta) dias, à luz da vedação da irredutibilidade salarial. O STF decidiu, em primeiro lugar, que a redução das férias era possível, porque os servidores não adquirem o direito ao regime jurídico. Além disso, a Corte afastou a alegação de irredutibilidade de vencimentos, argumentando que o abono de férias seria “parcela acessória que, evidentemente, deve ser paga quando o trabalhador goza o seu período de descanso anual, permitindo-lhe um reforço financeiro neste período”. No último parágrafo, dando uma justificativa adicional à decisão, a Corte consignou que a supressão de 30 (trinta) dias de férias “não representa redução de vencimentos, porque esta verba tem caráter meramente indenizatório, não compondo, por isso, os seus vencimentos³⁷⁰”.

Depois desse julgado, o STF reafirmou essa suposta natureza indenizatória/compensatória do terço de férias em outros contextos, mas em um especialmente próximo do imposto de renda: o da incidência ou não de contribuição previdenciária. No Agravo 603.537-7, decidiu-se que a contribuição previdenciária não incidiria sobre o terço de férias, porque este teria natureza “compensatória/indenizatória³⁷¹”.

Isso levou o STJ a modificar a sua jurisprudência tradicional na Pet 7.296, passando a entender que o abono de férias não compunha a base de cálculo das contribuições previdenciárias, dada a natureza indenizatória da verba³⁷². A partir daí, por uma simples questão de coerência, competentes advogados tributaristas pensaram o seguinte: (i) se o imposto de renda não incide sobre verbas indenizatórias e (ii) se o terço de férias tem natureza indenizatória, então (iii) o terço de férias, independentemente de terem sido gozadas ou não, têm natureza indenizatória.

³⁷⁰ Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 345458, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 11-03-2005.

³⁷¹ Supremo Tribunal Federal. AI 603537 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 30.03.2007. Na verdade, a leitura atenta revela que, para além dessa categorização, foi apresentado um argumento: o de que verbas que não se incorporam à aposentadoria não podem compor a base de cálculo da exação.

³⁷² Superior Tribunal de Justiça. Pet 7.296/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 28.10.2009 e publicado em 10.11.2009.

Depois de idas e vindas da jurisprudência do STJ, definiu-se, no recurso especial 1459779/MA, que incide, sim, imposto de renda sobre o terço de férias, tendo a Corte de ressignificar o sentido das qualificações “compensatória/indenizatória” empregadas pelo STF relativamente ao terço de férias³⁷³. Se, de fato, as generalizações fossem entrincheiradas, o STJ não poderia desfazer a caracterização do abono de férias como verba de natureza compensatória/indenizatória.

O voto-vista do Ministro Benedito Gonçalves empreendeu grande esforço de historiar a racionalidade das decisões até a conclusão de que o terço de férias teria natureza indenizatória, demonstrando que, a partir das justificações apresentadas pelo STF, a não incidência da contribuição previdenciária decorria da não incorporação das verbas para fins de aposentadoria. Ou seja, o Ministro demonstrou que o STJ não deveria impressionar-se tanto com a escolha da palavra “indenizatória” e recuperar o sentido que o STF quis empregar para excluir certas verbas da base de cálculo da contribuição previdenciária. Assim, o Ministro Benedito Gonçalves realizou, com maestria, a técnica do *distinguishing*, já que o critério material do imposto de renda – diferente do critério material da contribuição previdenciária – é a aquisição de disponibilidade financeira ou econômica, e não o recebimento de verbas que se incorporam na aposentadoria.

Como dito variadas vezes, precedentes são dotados de plasticidade: podem ser estendidos a contextos fáticos próximos aos do caso original, formando, paulatinamente, doutrinas judiciais mais complexas. Quanto mais convincente forem as suas razões, maior a probabilidade de que não sejam distinguidos em casos futuros e de que julgadores não invistam tanto tempo procurando inconsistências nas generalizações empregadas.

4.3.4 *Distinguishing* por argumento?

Gláucio Maciel Gonçalves e André Garcia Leão Reis Valadares defenderam em um artigo a possibilidade de realizar *distinguishing* por argumento. Em outras palavras, juízes poderiam desviar-se da autoridade de um precedente se demonstrarem que determinado argumento, agora empregado por uma das partes, não foi enfrentado pela corte no momento da formação do entendimento³⁷⁴.

³⁷³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1459779/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 22.04.2015, DJe 18.11.2015.

³⁷⁴ GONÇALVES, Gláucio Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC, p. 627-639. In: DIDIER JR., Fredie. et. al. Novas Tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil – volume 2. Salvador: JusPodivm,

Ravi Peixoto sustenta, todavia, que possibilitar o *distinguishing* por argumento desautorizaria o precedente vertical, de modo que não se poderia aceitar o emprego da técnica da distinção com base nisso³⁷⁵. No entanto, a questão é mais complexa.

É bem estabelecido no *common law* que precedentes somente vinculam relativamente àquilo que foi debatido entre as partes³⁷⁶. Simon Whittaker pondera, ainda, que boa parte da dinâmica do precedente no direito inglês decorre de uma concepção de processo adversarial, de modo que as partes conduzem mais os debates do que o juiz. O adágio do *iura novit curia* (ou *curia novit legem*, como empregado pelo autor) tem pouco espaço no direito inglês, sendo absolutamente natural que juízes não decidam questões não debatidas entre as partes³⁷⁷. Aliás, a própria separação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* atende fundamentalmente à ideia de que precedentes não podem obrigar sobre aquilo que não foi debatido³⁷⁸, como já destacado no capítulo inaugural.

Uma solução a esse problema foi proposta por Luiz Guilherme Marinoni. Para ele, no contexto do direito brasileiro, a *ratio decidendi* é o fundamento compartilhado pela maioria dos julgadores e suficiente para suportar o julgamento de uma questão³⁷⁹. Portanto, cada questão acarreta a formação de uma *ratio* a respeito dela, se houver fundamento compartilhado pela maioria e o desenvolvimento de uma argumentação coerente. O professor Marinoni vai além, destacando que o princípio do deduzido e do dedutível e a eficácia preclusiva da coisa julgada não se aplicam em matéria de precedentes³⁸⁰.

Para tornar mais fácil visualizar a questão, imagine-se o seguinte caso concreto: Jorge adquiriu o domínio de um veículo automotor que está alienado fiduciariamente ao Banco. Logo, enquanto não encerrado o vínculo com o Banco, Jorge tem o domínio útil do bem, ao passo que o Banco é o proprietário fiduciário.

No ano seguinte, nem Jorge, nem o Banco realizam o pagamento do imposto sobre propriedade de veículos automotores – IPVA. O Estado credor resolve ajuizar execução fiscal em face do Banco, alegando que a condição de proprietário fiduciário implica a sujeição passiva na obrigação tributária. O Banco se defende, afirmando que o sujeito passivo é o

2014, p. 637.

³⁷⁵ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica, p. 189-190.

³⁷⁶ O atual artigo 10 do CPC-15 pode ser empregado extensivamente para sustentar essa posição no âmbito do direito brasileiro.

³⁷⁷ WHITTAKER, Simon. El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela. Traducción de Cristián Banfi del Río, p. 47-48.

³⁷⁸ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito, p. 203-209.

³⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, p. 187-189. O professor Marinoni não limita, assim, a *ratio* à solução de casos, trabalhando-a como razões suficientes para solucionar questões jurídicas.

³⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 193.

devedor fiduciário. Sustenta sua tese nos artigos 1.367 e 1.368 do Código Civil³⁸¹⁻³⁸². Com tais argumentos, o Banco vence a demanda. O Estado recorre ao STJ, que mantém a decisão, firmando a seguinte tese: “a propriedade fiduciária não integra a hipótese de incidência do imposto sobre propriedade de veículo automotor”.

Note-se que nenhuma das partes debateu a constitucionalidade dos artigos 1.367 e 1.368, sobretudo à luz do artigo 146 da Constituição Federal, que submete as questões relativas à definição de contribuinte e de obrigação tributária à reserva de lei complementar. Parece claro que o precedente firmado a partir da interpretação do Código Civil não impede revisar a matéria à luz da Constituição. Se precedentes produzissem eficácia preclusiva, não só as questões efetivamente debatidas, como também as que não enfrentadas ficariam excluídas do balanço de razões em casos subsequentes.

A qualificação desse fenômeno como *distinguishing* ou não depende da concepção de *ratio decidendi* que se adote. Caso se compreenda o elemento vinculante como as razões suficientes para o julgamento da questão, não há dúvidas de que o problema jurídico da constitucionalidade dos artigos 1.367 e 1.368 do Código Civil sequer está sob o controle do precedente. Caso se queira qualificar de *distinguishing*, estar-se-á diante de uma das hipóteses mais simplórias de não-incidência.

³⁸¹ “Art. 1.367. A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231”.

³⁸² “Art. 1.368-B (*omissis*) Parágrafo único. O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem”. Note-se que o credor fiduciário somente responde pelos tributos se tornar-se proprietário pleno do bem. Logo, *a contrario sensu*, argumentaria o Banco no exemplo hipotético, enquanto Jorge permanecer na qualidade de devedor fiduciário possuidor do bem, o IPVA deve ser cobrado exclusivamente dele.

CONCLUSÕES

A pesquisa objetivou explicar, de um ponto de vista teórico, como precedentes, mesmo os estritamente vinculantes, controlam decisões sobre casos subsequentes semelhantes e, ainda assim, promovem a flexibilidade necessária para não engessar o desenvolvimento do direito. Para isso, partiu-se da experiência do *common law*, demonstrando que precedentes não funcionam como regras entrincheiradas. Sua autoridade, sem dúvida, possui uma dimensão de regra, mas que precisa ser complementada pelas razões universalizáveis que incorporam, bem como pela capacidade de extensão a contextos fáticos similares aos do caso original.

Para suportar a conclusão geral acima, os capítulos 1 a 4 estabeleceram as seguintes premissas:

1. Os sistemas de precedentes obrigatórios decorrem do compartilhamento de crenças entre julgadores, que reputam ser racional que cortes tratem casos iguais de forma igual.
2. Conceber a racionalidade de tratar casos iguais de forma igual enseja a formação de um pacto entre juízes de diferentes gerações, que se comprometem a respeitar o balanço de razões estabelecido nos precedentes como vinculante.
3. Tratar o passado como fonte de obrigações implica reconhecer uma restrição à discricionariedade judicial, assim entendida como o conjunto de razões e de opções valorativas disponíveis aos intérpretes.
4. As duas principais causas de indeterminação do direito são a textura aberta da linguagem, que se revela na potencialidade de vagueza de quaisquer conceitos, desde os empíricos (automóveis, livros etc.) aos abstratos, e os desacordos teóricos, os quais se referem às divergências quanto às teorias operacionais da interpretação do direito.
5. Apesar da comum contraposição entre Hart e Dworkin, concluiu-se que textura aberta e desacordos teóricos não se excluem. Juízes divergem, com frequência, por não conseguirem determinar o melhor enquadramento de um caso ou de um objeto em uma categoria. No entanto, permeando as discussões semânticas de enquadramento, encontram-se diferentes teorias operacionais sobre os institutos jurídicos. Assim, quando se discute se a “arma de brinquedo” enquadra-se ou não na categoria de arma de fogo para fins de

aumentar a pena do roubo, não há apenas uma discussão semântica. Estão em jogo diferentes concepções das finalidades do direito penal, da interpretação do tipo que criminaliza aquela conduta, do equilíbrio entre poder punitivo do Estado e liberdade dos cidadãos etc.

6. O poder de interpretação, se visualizado como um poder individual franqueado a cada juiz, acarreta problemas de coordenação, isto é, descompassos entre agentes que, teoricamente, estão (ou deveriam estar) empenhados a alcançar os mesmos fins. É necessário visualizar o direito como um empreendimento coletivo, em que o poder de interpretação (enfim, que a discricionariedade judicial) seja exercido até que a autoridade fixe a interpretação oficial. Desse modo, a única forma que se vislumbra para resolver problemas de coordenação é a autoridade.
7. Seguindo a trilha de Joseph Raz, entende-se que o exercício da autoridade implica excluir razões de primeira ordem que poderiam ser opostas contra determinada ação ou decisão. Por isso, quando se diz que “decisões judiciais devem ser cumpridas”, quer-se destacar que, independentemente de existirem boas razões para ignorá-las ou para agir em sentido oposto ao que elas determinam, a autoridade exclui tais razões, reivindicando que se aja de um modo tal que nem sempre coincide com o entendimento do agente.
8. Precedentes obrigatórios exercem, em alguma medida, preempção sobre demais julgadores. Em outras palavras, é necessário supor que precedentes excluam algumas ou todas as razões que julgadores independentes poderiam ter para decidir o caso de modo distinto do precedente. Nessa senda, aventaram-se dois modelos teóricos antagônicos de autoridade do precedente: o *rule model* e o *reason model*, adaptados da tipologia defendida por Larry Alexander.
9. A principal característica do *rule model* é que precedentes funcionariam como regras jurídicas, tais como aquelas que se encontram em leis. Cortes estabeleceriam regras entrincheiradas e resistentes às razões em sentido contrário. A *ratio decidendi* tomaria uma forma canônica, que se expressa na estrutura “se hipótese, então consequência”. A aplicação do precedente para casos subsequentes dar-se-ia a partir da subsunção. O *distinguishing*, por outro lado, aparece como uma técnica pela qual se declara a simples não-incidência da norma ao caso.

10. O *reason model*, por outro lado, supõe que precedentes sejam normas aderentes aos seus contextos fáticos de formação, cuja autoridade pode ser estendida a casos subsequentes de forma maleável. Assim, em vez da subsunção, a aplicação dos precedentes exigirá grande esforço argumentativo a respeito das similitudes e das diferenças entre o caso atual e o contexto fático de formação do precedente. A parte a quem interessa o resultado do precedente esforçar-se-á para caracterizar os casos como altamente similares; a parte a quem interessa o resultado contrário, por sua vez, defenderá a existência de diferenças fáticas relevantes, que indicariam a impertinência da aplicação. Cada vez que um precedente é seguido, cortes realizam um novo balanço de razões, indicando que as supostas diferenças fáticas indicadas pela parte sucumbente não são suficientes para afastar a aplicação da norma. E assim, quase silenciosamente, precedentes vão sendo estendidos para vários contextos fáticos próximos, podendo dar origem a doutrinas judiciais complexas e bem abrangentes. Por outro lado, quando precedentes são distinguidos, cortes também realizam um novo balanço de razões, indicando que certa característica é suficiente para afastar a aplicação da norma. Quer mediante sua aplicação, quer mediante sua distinção, precedentes desenvolvem o direito, isto é, diminuem o espaço de indeterminação.
11. O Brasil tem adotado uma concepção muito perigosa de *rule model*, na medida em que não só considera precedentes como regras independentes do contexto de formação, como também assume que o julgamento de questões não debatidas vinculem futuros julgadores. O modelo brasileiro de precedentes não percebe isso, porque estabelece como fonte de autoridade o procedimento empregado pelas cortes.
12. A autoridade dos precedentes pode ser descrita a partir de três dimensões: a de regra, a de razão universalizável e a da plasticidade. Quanto mais similares forem os contextos fáticos do caso do precedente e do caso a ser decidido, mais precedentes assemelham-se a regras. Todavia, à medida que os contextos fáticos vão apresentando diferenças, é necessário volver às razões universalizáveis e às técnicas da analogia e do *distinguishing*. Assim, qualquer explicação que se limite a analisar a dimensão de regra do precedente será incompleta e, quiçá, equívoca.
13. O *distinguishing* admite pelo menos duas formas básicas: (i) a de simples não-

incidência e (ii) a de restringir pontual e especificamente a aplicação de um precedente, ajustando a *ratio decidendi* às necessidades do caso concreto.

14. O poder de *distinguishing* submete-se a limites formais e a limites argumentativos. Os primeiros consistem nas duas regras estabelecidas por Joseph Raz. Os últimos foram propostos a partir da compreensão de que o *distinguishing* é o reverso da medalha da analogia, o que implica valorizar as *obiter dicta*, bem como exigir que cortes trabalhem com argumentação *a fortiori*.
15. Boa parte da autoridade exercida por um precedente depende da sua capacidade de convencer futuros julgadores quanto aos seus méritos. Um precedente obrigatório pouco persuasivo tenderá a ser constantemente distinguido, o que enfraquece sua autoridade.

REFERÊNCIAS

ABRAMOWICZ, Michael B. Defining Dicta. **57 Stan. L. Rev.** **953**, p. 1-141, 2005.

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedents. **63 S. Cal. L. Rev.** **1**, p. 1-64, 1989-1990.

ALEXANDER, Larry. Precedential Constraint, its Scope and Strength: A Brief Survey of the Possibilities and Their Merits (September 8, 2011). In: BUSTAMANTE, T et. Al (eds). **On The Philosophy Of Precedent**, San Diego Legal Studies Paper No. 11-070. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1924585>>. Acesso em 02 de dezembro de 2017.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. Cambridge University Press, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined; and, The Uses of the Study of Jurisprudence**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea. 264 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BEATTY, David. M. **A essência do Estado de direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BREWER, Stephen. Exemplary Reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy. **Harvard Law Review**, vol. 109, No. 5, p. 923-1028, Mar., 1996.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: volume I. Bookseller: Campinas, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: volume II. Bookseller: Campinas, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. Fourth Edition. Clarendon Press Oxford, 2004.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. et. al. **Novas Tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil – volume 2. Salvador: JusPodivm, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: the moral reading of the American constitution. Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Harvard University Press, 1988.

FALLON JR., Richard H. Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology. **New York University Law Review**, Volume 76, Number 2, p. 570-597, maio/2001.

FARNSWORTH, E. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. Nova Iorque: Oceana Publications, Inc., 1963.

FAVOREU, Louis. **As Cortes constitucionais**. São Paulo: Landys, 2004.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FISS, Owen M. Objectivity and Interpretation. In: **Stanford Law Review**, vol. 34, n. 4, p. 739-763, 1982.

FORTES, Luiz Henrique Krassuski. **Justificação dos precedentes**: direito como planejamento, Poder Judiciário e motivação a partir do precedente. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FREITAS FILHO, Roberto. **Decisões jurídicas e teoria linguística**: o prescritivismo universal de Richard Hare. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160456/Decisoes_juridicas_teorias_linguistica.pdf?sequence=3>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Oxford University Press, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A.M Hespanha e L.M Macaísta Malheiros. 2.ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1995.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Unwritten Constitutional Principles. In: HUSCROFT, Grant. **Expounding the Constitution**: essays in constitutional theory. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 277-312.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC, p. 627-639. In: DIDIER JR., Fredie. et. al. **Novas Tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil** – volume 2. Salvador: JusPodivm, 2014.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. In: **The Yale Law Journal**, Vol. 40, Número 2, p. 161-183, Dez. 1930.

GREY, Charles M. Parliament, Liberty, and the Law. In: HEXTER, J.H. **Parliament and Liberty from the Reign of Elizabeth to the English Civil War**. Stanford: Stanford University Press, 1992.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

HARE, Richard Mervyn. **A linguagem da moral**. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HART, H.L.A. A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H.L.A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEALY, Thomas. Stare Decisis and the Constitution: Four Questions and Answers. **83 Notre Dame L. Ver.**, 697, p. 1173-1226, 2008.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HIMMA, Kenneth E. Inclusive legal positivism. In: COLEMAN, Jules L.; SHAPIRO, Scott. **Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy**. Oxford University Press, 2002. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=928098>>. Acesso em 02 de Agosto de 2017.

HOLLAND, James; WEBB, Julian. **Learning legal rules**: a student's guide to legal method and reasoning. 8.ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HUSCROFT, Grant. **Expounding the Constitution**: essays in constitutional theory. New York: Cambridge University Press, 2008.

KALT, Brian C. Three Levels of Stare Decisis: Distinguishing Common-law, Constitutional, and Statutory Cases. In: **Texas Review of Law & Politics**, vol. 8, p. 277-281, 2003-2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, volume III. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

LAMOND, Grant. Do precedents create rules?, **11 Legal Theory**, p. 1-26, Cambridge University Press, 2005.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 383-402, dez. 2015.

LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução de Eneida Vieira Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEWIS, David. **Convention**: a philosophical study. Oxford: Blackwell Publishers, 2002.
MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. London: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.

MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. London: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.

MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. London: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 315-353.

MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MacCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

MacCORMICK, Neil. **H.L.A Hart**. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução Conrado Mendes Hubner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição da ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER Jr; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Sistema brasileiro de precedentes**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARMOR, Andrei. **Social conventions**: from language to law. Princeton University Press, 2009.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. London: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.

MASSINI, Carlos Ignacio. **La prudencia jurídica**: introducción a la gnoseología del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

McALLISTER, Marc. Dicta Redefined. In: **47 Willamette Law Review**, p. 161-210, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and deliberative democracy**. Oxford University Press, 2014.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 206, p. 61-78, abr. 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: **Temas de Direito Processual** (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

NEIVA, Horário Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo**: a teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: JusPodivm, 2017.

PATTERSON, Dennis. Após a análise conceitual: a ascensão da teoria da prática. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. London: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, Martins Fontes: São Paulo, 1996.

POSTEMA, Gerald J. Philosophy of the Common Law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford University Press, 2002.

PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência**: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 310 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAZ, Joseph. Authority, Law, and Morality. In: _____. **Ethics the public domain**: essays in the morality of law and politics. Oxford: Claredon Press, 1994.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Chirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford University Press, 1979.

RIGONI, Adam. Common-law judicial reasoning and analogy. In: **Legal Theory**, vol. 20, p. 133-156, 2014.

ROCHA, Mauro Sérgio. **Aplicação direta dos princípios constitucionais**: controle de constitucionalidade das decisões judiciais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Clarendon Law Series, 1992.

SCHAUER, Frederick. **Precedent** (2011). Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em 02 de maio de 2017.

SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER Jr; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015.

SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Harvard University Press, 2015.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Harvard University Press, 2009.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott J. **The "Hart-Dworkin" Debate**: a short guide for the perplexed (2007). Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 25 de julho de 2017.

SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Hart Publishing, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: **Revista de Direito administrativo**, n. 250, p.197-227, Rio de Janeiro: FGV, 2009.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert J. **Understanding arguments**: an introduction to informal logic. Eighth Edition. Belmont: Wadsworth, 2009.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The English legal system**. 9.ed. Abingdon: Routledge-Cavendish, 2009.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. In: **Modern Law Review**, vol. 22, n. 6, pp. 597-620, nov./1959.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUMMERS, Robert S. Departures from precedent. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. London: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 199, Set. 2011, p. 139 -155.

_____. As funções das Cortes Supremas: aspectos gerais. In: **Processo civil comparado**: ensaios. Tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TOMKINS, Adam. **Public law**. Clarendon Law Series, 2003.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Traduzido por Flávio Portinho Sirangelo. In: **Revista de Processo**, ano 38, vol. 218, p. 99-109.

TWINING, William; MIERS, David. **How to do things with rules**: a primer of interpretation. Fifth Edition. Cambridge University Press, 2010.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

WAISMANN, Friedrich. **Verifiability**. Disponível em <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/waismann-verifiability.pdf>>. Acesso em 02 de setembro de 2017.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. In: **Michigan Law Review** 1, vol. 111, p. 1-32, 2012.

WALUCHOW, W.J. **Inclusive legal positivism**. Clarendon Press Oxford, 1994.

WARREN, Samuel. **Blackstone's commentaries systematically abridged and adapted to the existing state of the Law and the Constitution**. London: Maxwell, 1855.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WHITTAKER, Simon. El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela. Traducción de Cristián Banfi del Río. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 35, No. 1, p. 37-83, Enero - Abril 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 11.ed. Madri: Editorial Trotta, 2011.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.